



Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil

Memoria 2017

TOMO I

**LA SALA DE CONSULTA
CONFLICTOS DE COMPETENCIA
CONCEPTOS:**

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





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

Memoria 2017

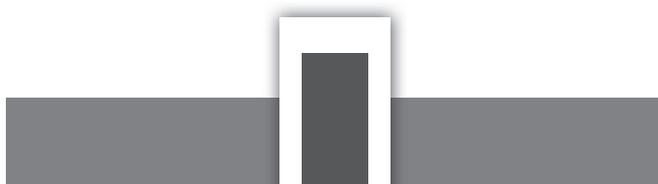
TOMO I

LA SALA DE CONSULTA

CONFLICTOS DE COMPETENCIA

CONCEPTOS:

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



República de Colombia Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil
Memoria 2017, Tomo I

Consejo de Estado

Sala de Gobierno

Jorge Octavio Ramírez Ramírez

Presidente

Germán Alberto Bula Escobar

Vicepresidente

Roberto Augusto Serrato Valdés

Presidente de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Carmelo Perdomo Cuéter

Presidente de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Presidente de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Stella Jeannette Carvajal Basto

Presidente de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

Carlos Alberto Moreno Rubio

Presidente de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Édgar González López

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Édgar González López

Presidente

Álvaro Namén Vargas

Consejero de Estado

Germán Alberto Bula Escobar

Consejero de Estado

Óscar Darío Amaya Navas

Consejero de Estado

Edición de textos e índice temático

María Angélica Pulido Barreto

Relatora de la Sala

Luisa Fernanda Pascuaza Cabrera

Auxiliar Judicial

Diseño e Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia

ISSN 2346-1292

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

PRESENTACIÓN

Constituye un privilegio presentar a la comunidad jurídica y al país, en general, la publicación titulada **Memoria 2017**, que en tres tomos recoge las actividades realizadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de la República de Colombia el año anterior, en cumplimiento de los mandatos legales y constitucionales correspondientes.

Y resulta más honorífico aún poder redactar unas palabras referidas precisamente a las actividades que se han desarrollado durante el año en el que se conmemoran los primeros 200 años de actividades del Consejo de Estado de la República de Colombia. Antigüedad que debe ser vinculada, en primer lugar, con la función consultiva que ha venido desarrollando la corporación.

Como bien lo ha destacado Álvaro Namén Vargas, miembro de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en publicación conmemorativa, “... *mucho ha pasado desde aquel “Consejo Provisional de Estado”, creado por el Libertador Simón Bolívar, mediante Decreto de fecha 3º de octubre de 1817, dictado en el Cuartel General de Angostura, compuesto por un número indefinido de políticos, militares y juristas, sin una organización determinada, sin una ubicación específica en la estructura del Estado (¿cuál Estado?) y sin funciones jurisdiccionales. Mucho ha cambiado desde aquel momento en el que el Consejo de Estado tenía como objeto principal el proponer, discutir, acordar y someter a la aprobación del jefe supremo de la República las leyes, reglamentos e “instrucciones saludables” que se requiriesen para el Gobierno de las provincias ya liberadas y de las que se libertaran en el futuro. Largo camino se recorrió hasta el ahora existente y permanente órgano autónomo de la Rama Judicial del poder público previsto en la Constitución Política de 1991, cuya estructura, composición y funciones se encuentran clara y detalladamente reguladas en la Carta, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en su propio reglamento, entre otras normas, con la doble condición de “cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración” y “tribunal supremo de lo contencioso administrativo ...”*”¹.

Sobre los alcances de la función consultiva remítase, entre otros, al documentado artículo de Guillermo Sánchez Luque, Consejero de Estado de la Sección Tercera de este tribunal, quien recuerda que dicha actividad “... *ha cumplido un rol determinante en nuestro sistema democrático, no sólo por su importancia intrínseca sino por la confianza que genera. Se trata de una herramienta importante para la resolución de casos difíciles o pasajes oscuros de nuestra legislación, [...]. Así, a lo largo de estos dos siglos el Consejo de Estado ha conceptuado sobre asuntos disímiles como la improcedencia de la renuncia del general Urdaneta (1831); la nulidad de nombramientos por quien no está legitimado (1831); la no pérdida de la nacionalidad por ley posterior (1897); las diferencias entre las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado (1922) y el carácter general de las licitaciones en contratación estatal (1922). Los grandes temas del derecho público han tenido su más autorizada doctrina en el Consejo de Estado al estudiar la concepción*

¹ NAMÉN VARGAS, Álvaro, (2017), “Consejo de Estado – 200 años: Justicia, Guía y Control”, en Consejo de Estado de Colombia 1817- 2017 Bicentenario de una institución Republicana, Grupo Editorial Ibáñez y Consejo de Estado, Bogotá, pp. 125 y 126.

francesa de servicio público en conceptos significativos sobre la huelga en servicios públicos (1959) y la finalidad de los establecimientos públicos (1961); la adición voluntaria de nombre de mujer casada (1982); las funciones del Congreso de la República disuelto por la Asamblea Nacional Constituyente (1991); la no conciliación de actos que imponen multas a contratistas (1992); el carácter no obligatorio de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1992) y la propiedad de recursos genéticos (1997). Y más recientemente, en materias delicadas y polémicas como el carácter público del dominio co. de internet (2001); el alcance del referendo derogatorio (2003); los impedimentos de los congresistas para participar en debates de reforma constitucional (2008); el tercer canal de televisión (2009); la reparación a las víctimas del conflicto (2012); la delimitación del páramo de Santurbán (2014); la participación de la Unión Patriótica en elecciones sin consideración al umbral (2014); la aplicación transitoria del CCA mientras se expedía la ley estatutaria del derecho de petición por inexequibilidad parcial de la Ley 1437 (2015); las inhabilidades de contratistas por actos de corrupción cometidos en el extranjero (2015) y la refrendación del acuerdo de paz por el Congreso de la República (2016) ...”².

Al listado anterior elaborado por el ilustre colega de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre conceptos elaborados por la Sala de Consulta en años anteriores se podrían agregar otro tanto entregados en el 2017, o cuya reserva fue levantada en ese año y que están publicados en **Memoria 2017**. Tal es el caso de conceptos sobre procedimiento legislativo especial para la paz (“fast track”), con radicado 2360; quórum y mayoría para la aprobación del proyecto de acto legislativo que crea circunscripciones especiales de paz, con radicado 2364; desarrollo de actividades culturales por parte del Banco de la República en el Teatro Amira de la Rosa de Barranquilla, mediante la figura de un contrato de comodato, con radicado 2330; administración de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero y la posibilidad de admitir a FEDEGAN (antiguo administrador del Fondo Nacional del Ganado – FNG) en el proceso de licitación que se adelanta para contratar la administración de dichos recursos, con radicado 2351; la consulta previa sobre el Protocolo de Nagoya, con radicado 2334, y, por último, retiro forzoso por edad de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas, en el caso de las personas que cumplieron la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, radicado 2326, entre otros casos relevantes.

En todos los casos, sin excepción, abordando temas jurídicos, legales y constitucionales de variada complejidad, poniendo al servicio del Estado colombiano y del país en general la capacidad de análisis y de discernimiento de todo el equipo de integrantes de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Como lo anotaba el Consejero Álvaro Namén Vargas, suministrando “... *instrucciones saludables*” que se requiriesen para el Gobierno de las provincias ya liberadas y de las que se libertaran en el futuro...”.

Conviene tener presente que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado realiza, en esencia, tres actividades principales: en primer lugar, la función consultiva; en segundo lugar, la resolución de conflictos y competencias entre autoridades

² SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo, (2017), “Segundo Centenario del Consejo de Estado”, en Consejo de Estado de Colombia 1817- 2017 Bicentenario de una institución Republicana, Grupo Editorial Ibáñez y Consejo de Estado, Bogotá, pp. 129 y 130.

administrativas del orden nacional, y, en tercer lugar, la participación en la elaboración e implementación de textos normativos.

Es en este marco de referencia en el que se presenta **Memoria 2017**, el cual está dividido en tres partes principales. En el primer tomo se reseñan de manera general las actividades desarrolladas por la Sala durante el año 2017 y se enlistan tanto las consultas formuladas por el Gobierno Nacional, como la totalidad de conflictos de competencias administrativas resueltos en el mismo periodo. Adicionalmente, se publica el texto completo de los conflictos de competencias más importantes resueltos durante el año 2017 y se presenta una relación sucinta de las confirmaciones de funcionarios, las publicaciones realizadas a instancias de la Sala y las actividades desarrolladas en el marco de la conmemoración del bicentenario del Consejo de Estado, con particular énfasis en el “XXIII Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. *Encuentro del Bicentenario: Paz, ética, instituciones y justicia en la era digital.*”

En los tomos segundo y tercero se compilan, con arreglo a un criterio temático, los conceptos emitidos en el año 2017 por esta Sala en cumplimiento de su función consultiva, cuya publicación fue autorizada por el Gobierno Nacional, así como los conceptos emitidos en años anteriores a los cuales se les levantó la reserva durante el 2017. Dichos conceptos se publican con arreglo a la siguiente distribución temática: (i) Estructura, organización y funcionamiento del Estado; (ii) Rama legislativa; (iii) Asuntos electorales; (iv) Contratación estatal; (v) Entidades territoriales; (vi) Función pública y régimen prestacional y de seguridad social; (vii) Hacienda pública, bienes del Estado y tributos; (viii) Medio ambiente y recursos naturales y (ix) Otros asuntos.

En la hora final de los reconocimientos hay que diferenciar. Uno es el denominado “reconocimiento bicentenario”, y otro, muy diferente, el “reconocimiento coyuntural”. Por el primero entendemos la necesidad de expresar un reconocimiento a todas las personas que han hecho parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en sus diferentes etapas, entre el año de 1817 y el año 2017. Su trabajo está a la vista a lo largo de la vida republicana del país. Otro diferente es el “reconocimiento coyuntural”, esto es, el merecido saludo de gratitud a las instituciones y personas que han apoyado la realización del informe de actividades del año 2017. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) y de la señora María Angélica Pulido Barreto, quien por varios años laboró como Relatora de la Sala de Consulta y Servicio Civil y quien tuvo a su cargo la elaboración, con notable acierto, de informes similares al presente.

Bogotá, D.C., agosto de 2018

Oscar Darío Amaya Navas

Presidente

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

Año 2018

TABLA DE CONTENIDO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO
MEMORIA 2017

TOMO I

PRESENTACIÓN	3
---------------------------	----------

PRIMERA PARTE

LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL AÑO 2017

I. COMPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2017	16
II. ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2017	17
1. CONSULTAS ABSUELTAS AL GOBIERNO NACIONAL	17
2. CONFIRMACIONES	21
3. PARTICIPACIÓN EN SESIONES	21
4. PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS	21
5. ORGANIZACIÓN DE ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CULTURALES	22
5.1. Conmemoración del Bicentenario del Consejo de Estado	22
5.1.1. Charlas del Bicentenario	22
5.1.2. Conversatorio “El valor de las instituciones de la democracia colombiana”	25
5.1.3. Homenaje al libertador Simón Bolívar	25
5.1.4. Concurso de diseño de personajes animados	25
5.1.5. Moot Court en Derecho Administrativo	26
5.1.6. Convocatoria de comentarios y crítica a la jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado	26
5.2. XXIII Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. “Encuentro del Bicentenario: Paz, ética, instituciones y justicia en la era digital”	27
5.2.1. Conferencias magistrales	28
5.2.2. Paneles	28

6.	PUBLICACIONES	32
6.1.	Memorias de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para el año 2016 (III Tomos)	32
6.2.	Los Conceptos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. 100 años de historia	32
6.3.	Los conceptos del Consejo de Estado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	33
7.	DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS.	33
7.1.	Conflictos en materia de familia	34
7.2.	Conflictos en materia de pensiones	38
7.3.	Conflictos en materia de investigaciones disciplinarias	57
7.4.	Conflictos en materia de responsabilidad fiscal	62
7.5.	Conflictos en otras materias	63

SEGUNDA PARTE

SELECCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS RESUELTOS EN EL AÑO 2017

1.	Superintendencia de Sociedades y Superintendencia de Puertos y Transporte. Asunto: Determinación de la competencia administrativa para adelantar la vigilancia subjetiva sobre la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. Radicado 2017-00041	73
2.	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Competencia para conocer de una solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez. Pérdida del régimen de transición. Aplicación de la Ley 100 de 1993. Radicado 2017-00154	106
3.	Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Nariño y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Asunto: Competencia para reconocer pensiones de las cajas y fondos de previsión territoriales y creación de los Fondos Territoriales de Pensiones. Competencia de Colpensiones en los casos de liquidación de cajas o fondos territoriales. Cambio de Régimen de ahorro y sus consecuencias (artículo 4° del Decreto 813 de 1994). Radicado 2016-00139	126
4.	Conflicto negativo de competencias administrativas entre el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -FONPRECON, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones -(Colpensiones). Asunto: Reliquidación pensional del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla. Radicado 2016-00162	151

5.	Procuraduría General de la Nación y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Asunto: Competencia proceso disciplinario empleado de la Rama Judicial. El superior administrativo o jerárquico en la Rama Judicial es el nominador y es el competente para resolver asuntos de naturaleza administrativa disciplinaria. Radicado 2017-00010	171
6.	Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio del Interior. Asunto: Sustitución de competencias para atender procesos judiciales en virtud de la fusión y posterior escisión de los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho. Radicado 2016-00216	192
7.	Agencia Nacional de Minería y Servicio Geológico Colombiano. Asunto: Transferencia de los procesos judiciales entre el Servicio Geológico Colombiano (SGC) antes Ingeominas a la Agencia Nacional de Minería (ANM). Radicado 2016-00111	209
8.	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC); y Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Asunto: Autoridad competente para conocer del proceso disciplinario No. 17417-00177- (IUS – 2016-114495). Radicado 2016-00191	224
9.	Contraloría Departamental del Vichada y Contraloría General de la República. Asunto: Competencia para conocer el proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 del 4 de noviembre de 2016. Radicado 2017-00040	245
10.	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). Asunto: Régimen Especial de transición y de pensión de vejez o jubilación de fotógrafos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Decretos 603 de 1977 y 1069 de 1995. Diferencias entre afiliación y cotización. Posibilidad de que los conflictos de competencias administrativas sean propuestos directamente por la persona interesada. Radicado 2016-00258	267
11.	Ministerio de Defensa Nacional y Procuraduría General de la Nación. Asunto: Entidad competente para resolver el impedimento planteado por el Director de una entidad como fallador de segunda instancia. Radicado 2017-00165	286
12.	Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones) y Municipio de La Unión (departamento de Nariño). Asunto: Autoridad competente para el reconocimiento y el pago de una pensión de sobrevivientes. Pensión de	

jubilación por aportes. El requisito de tiempo se cumple con la suma de tiempos servidos en el sector público y en el sector privado. La competencia para el reconocimiento y el pago se determina por los aportes y las cotizaciones.

Radicado 2017-00118	310
13. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Ministerio de Defensa Nacional, Grupo de Prestaciones Sociales. Asunto: Régimen de pensión por aportes de ex servidores de la Fuerza Pública. Radicado 2017-00170	336
14. Unidad de Control Interno Disciplinario del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE) y Ministerio de Minas y Energía – Grupo de Control Interno Disciplinario. Asunto: Competencia disciplinaria sobre servidores públicos en Comisión. Radicado 2017-00174	349

TERCERA PARTE

CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL PUBLICADOS EN EL AÑO 2017

I. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO	367
1. Reserva de las actas de las sesiones de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores. No es aplicable cuando se solicitan por el Procurador general de la Nación para el ejercicio de sus competencias legales y constitucionales. Radicado 2137	369
2. Delegación de funciones entre entidades públicas. Radicado 2305	377
3. Condiciones para la declaratoria del Estado de Emergencia Económica. Radicado 2342	392
4. Eficacia de la notificación por aviso y electrónica. Radicado 2316	407
5. Conflicto de normas. Comisión. Inspectores de Policía. Radicado 2332	469
6. Modificación de actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional de Estupefacientes. Radicado 2345	484
7. Autonomía, discrecionalidad y proporcionalidad de las medidas administrativas adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud. Radicado 2358	501

TOMO II

II.	RAMA LEGISLATIVA	17
1.	Procedimiento legislativo especial para la paz (“ <i>fast track</i> ”). Vencimiento de la prórroga. Trámite de proyectos de acto legislativo y de ley con posterioridad al vencimiento del plazo. Radicado 2360	19
2.	Quórum y mayoría para la aprobación del proyecto de acto legislativo que crea circunscripciones especiales de paz. Radicado 2364	69
III.	ASUNTOS ELECTORALES	91
1.	Participación de servidores públicos en las actividades académicas y profesionales de los partidos y movimientos políticos. Radicado 2134	93
2.	Congreso de la República. Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana. Instalación el 20 de julio de 2017 de la Mesa Directiva de dicha Comisión, creada por la Ley 1833 del 4 de mayo de 2017. Radicado 2349	104
3.	Efectos del voto en blanco de las Juntas Administradoras Locales en la elección de los Alcaldes Locales. Radicado 2350	115
IV.	CONTRATACIÓN ESTATAL	153
1.	Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade. Régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra. Jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales en las que sea parte. Radicado 2135	155
2.	Suspensión temporal del contrato estatal en la etapa de ejecución contractual. Radicado 2278	181
3.	Oferta pública. Enajenación de la participación accionaria del Estado en las Sociedades por Acciones Simplificadas. Radicado 2289	219
4.	Cobro de los dineros adeudados en virtud de los contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación, vencido el plazo de liquidación, sin que este se haya realizado. Radicado 2298	238

5.	Artículo 38 de la Ley 80 de 1993 referente al régimen especial de contratación de las entidades estatales que tienen por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones. Derogación de dicho artículo por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, sobre las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).	
	Radicado 2300	287
6.	Contratos de entidades y organismos públicos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público. Decreto 777 de 1992 y derogación por el Decreto 92 de 2017. Nuevo régimen. Convenios de asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares. Artículo 96 Ley 489 de 1998.	
	Radicado 2319	302
7.	Proceso de Integración Subregional Andino. Derecho Comunitario. Efectos en el derecho interno. El proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de comunicaciones. Comisión de Regulación de Comunicaciones. Función de solución de controversias en materia de interconexión. Naturaleza jurídica, alcance y procedimiento.	
	Radicado 2293	335
8.	Banco de la República. Desarrollo de actividades culturales. Contrato de comodato del Teatro Amira de la Rosa.	
	Radicado 2330	430
9.	Cesión de créditos, cesión de derechos litigiosos, cesión de contratos y pago con subrogación. Embargo de créditos. Derechos reconocidos en laudo arbitral. Fonade. Régimen aplicable a los contratos que celebra.	
	Radicado 2337	466
10.	Administración de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero. Viabilidad de admitir a Fedegán como antiguo administrador del Fondo Nacional del Ganado (FNG), mediante el cual se manejan los recursos parafiscales provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero, en el proceso de licitación que se adelanta para contratar la administración de dichos recursos. Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.	
	Radicado 2351	530

TOMO III

V. ENTIDADES TERRITORIALES	15
1. Categorización presupuestal de los departamentos. Suspensión provisional.	
Radicado 2315	17

2.	Competencia del Concejo de Bogotá para fijar escalas salariales de entidades distritales descentralizadas. Radicado 2348	35
VI. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL ...		43
1.	Elección del Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), con domicilio en Tunja. Situación derivada de la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2016 (Rad. No. 11001-03-28-000-2015-00002-00), que declaró la nulidad del Acuerdo 42 del 2014 por medio del cual se eligió al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de dicha Universidad, adicionada mediante Auto del 7 de abril de 2016. Radicado 2294	45
2.	Negociaciones colectivas. Administración pública – Servidores públicos. Radicado 2339	63
3.	Homologación del servicio educativo –modificación, estudios técnicos requeridos, pago y prescripción. Radicado 2301	83
4.	Asignaciones salariales de docentes de los órdenes departamental, distrital y municipal. Radicado 2302	118
5.	Retiro forzoso por edad de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. Ley 1821 de 2016. Situación de las personas que cumplieron la edad de retiro forzoso antes de su entrada en vigencia. Irretroactividad de la ley. Régimen de los notarios. Carrera notarial y concurso. Derechos adquiridos. Radicado 2326	140
VII. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS		207
1.	Fiscalización, determinación y cobro de obligaciones a favor del ICBF. Radicado 2285	209
2.	Democratización de la propiedad accionaria del Estado. No se aplica a la enajenación de acciones de empresas ubicadas en el exterior. Radicado 2314	227
3.	Adición presupuestal. ¿Es viable efectuar una adición presupuestal para aumentar la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)? ¿Resulta aplicable el artículo 79 del Decreto Ley 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto? Radicado 2341	247

4.	Empleo de Director Regional de Establecimiento Público y en especial, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Conformación de terna de candidatos para selección por el Gobernador del Departamento respectivo. Escogencia del Gobernador de un candidato inhabilitado. Repetición del proceso de escogencia y nombramiento de Director Regional. Radicado 2354	313
5.	Transferencias corrientes. Derogatoria de leyes. Autoridad Nacional de Televisión. Radio Televisión Nacional de Colombia. Radicado 2297	328
6.	Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación. Comiso. Cumplimiento de las obligaciones e impuestos relativos a los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso. Radicado 2310	365
7.	Jurisdicción Especial para la Paz. Aplicación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en relación con su puesta en funcionamiento. Radicado 2353	403
VIII. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES		435
1.	Bancos de germoplasma. Recurso genético. Recurso biológico. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Decisión 391 de la Comunidad Andina. ICA. Corpoica. Radicado 2124	437
2.	Consulta previa. Naturaleza jurídica de las actas de protocolización de acuerdos. No son actos administrativos ni contratos estatales. Radicado 2290	463
3.	Consulta previa. Protocolo de Nagoya. Radicado 2334	493
IX. OTROS ASUNTOS		537
1.	Acceso a la información contenida en el Registro Único de Aportantes (RUA). Radicado 2112	539
2.	Decreto 1944 de 1996 sobre la fortificación de la harina de trigo. Análisis de su vigencia. Carácter jurídico de dicho decreto. Requisitos para la expedición de Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente establecidos por el Decreto 1112 de 1996 Radicado 2311	552



Primera Parte

**La Sala de Consulta
y Servicio Civil
del Consejo de Estado
en el año 2017**

COMPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2017



Consejeros de la Sala: (de izquierda a derecha) Germán Alberto Bula Escobar, Alvaro Namén Vargas, Óscar Darío Amaya Navas y Édgar González López

EQUIPO DE TRABAJO**MAGISTRADOS AUXILIARES**

Omar Joaquín Barreto Suárez
 Diana Rocío Castañeda Suárez
 Jorge Andrés Castillo Álvarez
 Indira Díaz Lindao
 Alonso Pío Fernández Angarita
 Ana Patricia Franco Luque
 Liliana Patricia González
 Jessica Alejandra Mancipe
 Juan Manuel Laverde Álvarez
 Jorge Murgueitio Cabrera
 Germán Eduardo Nieto Olivar
 Camilo Rodríguez Yong
 Catalina Uprimny Salazar
 Óscar Eduardo Vargas Rozo

AUXILIARES JUDICIALES

Leidi Carolina Huasca Arana
 María Fernanda Murillo Delgadillo
 María Elisa Quintero Márquez
 Reina Carolina Solórzano Hernández
 Ana María Buelvas de la Espriella
 Luisa Fernanda Pascuaza Cabrera
 Amparo Pinto Valdeblánquez

RELATORÍA DE LA SALA

María Angélica Pulido Barreto
 Reina Carolina Solórzano Hernández

SECRETARÍA DE LA SALA

Lucía Mazuera Romero

EQUIPO SECRETARÍA

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

AD HONOREM

María Camila Suárez Cáceres
 Olga Manuela García Rodríguez
 Daniela Alexandra Beltrán Pulido

PROFESIONALES UNIVERSITARIOS

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



ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2017

1. Consultas absueltas al Gobierno nacional

De conformidad con la Constitución y la Ley, el Consejo de Estado es el cuerpo supremo consultivo del Gobierno nacional en asuntos de administración. En este marco la Sala de Consulta y Servicio Civil absuelve las consultas jurídicas del Gobierno nacional en todas las áreas del derecho (Artículo 237 de la C. P. y Artículo 112 del CPACA). En el año 2017 la función de consulta se desarrolló de la siguiente manera:

Actas de Reparto	38
Consultas repartidas	43
Solicitudes hechas por particulares o entidades que no tienen la facultad de consulta ante la Sala y que fueron remitidas a la autoridad competente (derechos de petición)	340

A continuación se presenta el detalle por entidades de las solicitudes de concepto formuladas y repartidas durante el año 2017:

Ministerio y/o departamento Administrativo	Frecuencia
Ministerio de Educación Nacional	4
Ministerio de Justicia y del Derecho	7
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	2
Ministerio de Transporte	5
Ministerio de Tecnologías de Información y las Comunicaciones	1
Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible	1
Departamento Nacional de Planeación	1
Ministerio del Interior	12
Departamento Administrativo de la Función Pública	1
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	2
Departamento Administrativo para la Prosperidad Social	2
Ministerio de Minas y Energía	1
Ministerio Salud y Protección Social	2
Departamento Administrativo de la Presidencia de la República	1
Ministerio de Relaciones Exteriores	1
Total de consultas recibidas	43

CONCEPTOS CUYA RESERVA FUE LEVANTADA POR EL GOBIERNO NACIONAL DURANTE EL AÑO 2017

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
1	2293	Proceso de Integración Subregional Andino. Derecho Comunitario. Efectos del Derecho interno. Proceso de integración y liberación del comercio de servicios de comunicaciones. Comisión de Regulación de Comunicaciones. Función de solución de controversias en materia de interconexión - Naturaleza Jurídica, alcance y procedimiento.	Germán Bula Escobar
2	2297	Transferencias corrientes. Derogatoria de leyes. Autoridad Nacional de Televisión. Radio Televisión nacional de Colombia.	Germán Bula Escobar
3	2301	Homologación del servicio educativo –modificación, estudios técnicos requeridos, pago y prescripción–.	Álvaro Namén Vargas
4	2302	Asignaciones salariales de docentes de los órdenes departamental, distrital y municipal.	Germán Bula Escobar
5	2310	Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación. Comiso. Cumplimiento de las obligaciones e impuestos relativos a los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso.	Óscar Darío Amaya Navas
6	2311	Decreto 1944 de 1996 sobre la fortificación de la harina de trigo.	Édgar González López
7	2315	Análisis de su vigencia. Carácter jurídico de dicho decreto. Requisitos para la expedición de Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente establecidos por el Decreto 1112 de 1996.	Álvaro Namén Vargas
8	2316	Categorización presupuestal de los departamentos. Suspensión provisional.	Álvaro Namén Vargas
9	2326	Eficiencia de la notificación por aviso y electrónica.	Álvaro Namén Vargas
10	2330	Retiro forzoso por edad de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. Ley 1821 de 2016. Situación de las personas que cumplieron la edad de retiro forzoso antes de su entrada en vigencia. Irretroactividad de la ley. Régimen de los notarios. Carrera notarial y concurso. Derechos adquiridos.	Édgar González López
11	2332	Banco de la República. Desarrollo de actividades culturales. Contrato de comodato del Teatro Amira de la Rosa.	Óscar Darío Amaya Navas
12	2337	Conflicto de normas. Comisión. Inspectores de policía.	Álvaro Namén Vargas
13	2345	Cesión de créditos, cesión de derechos litigiosos, cesión de contratos y pago con subrogación. Embargo de créditos. Derechos reconocidos en laudo arbitral. Fonade. Régimen aplicable a los contratos que celebra	Germán Bula Escobar
14	2348	Modificación de actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional de Estupefacientes.	Germán Bula Escobar
15	2349	Competencia del Concejo de Bogotá para fijar escalas salariales de entidades distritales descentralizadas.	Édgar González López

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
16	2350	Congreso de la República. Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana.	Álvaro Namén Vargas
17	2351	Instalación el 20 de julio de 2017 de la Mesa Directiva de dicha Comisión, creada por la Ley 1833 del 4 de mayo de 2017.	Óscar Darío Amaya Navas
18	2353	Interpretación normativa. Presunta incongruencia entre los artículos 2º y 7º de dicha ley.	Álvaro Namén Vargas
19	2358	Efectos del voto en blanco de las Juntas Administradoras Locales en la elección de los Alcaldes Locales.	Édgar González López
20	2360	Administración de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero. Viabilidad de admitir a Fedegán como antiguo administrador del Fondo Nacional del Ganado (FNG), mediante el cual se manejan los recursos parafiscales provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero, en el proceso de licitación que se adelanta para contratar la administración de dichos recursos. Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.	Óscar Darío Amaya Navas
21	2364	Jurisdicción Especial para la Paz. Aplicación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en relación con su puesta en funcionamiento.	Germán Bula Escobar

**CONCEPTOS CUYA RESERVA FUE LEVANTADA DURANTE EL AÑO 2017
POR AUTO DE LA SALA AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO DE LEY
(Art. 112 parágrafo 1º del CPACA)**

No.	RADICADO	TEMA	PONENTE
1	2112	Acceso a la información contenida en el Registro Único de Aportantes - RUA.	Augusto Hernández Becerra
2	2124	Bancos de germoplasma. Recurso genético. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Decisión 391 de la Comunidad Andina. ICA, Corpoica	William Zambrano Cetina
3	2134	Participación de servidores públicos en las actividades académicas y profesionales de los partidos y movimientos políticos.	Luis Fernando Álvarez Jaramillo
4	2135	Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade. Régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra. Jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales en las que sea parte.	Augusto Hernández Becerra (E)
5	2137	Reserva de las actas de las sesiones de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores. No es aplicable cuando se solicitan por el Procurador General de la Nación para el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.	William Zambrano Cetina
6	2278	La suspensión temporal del contrato estatal en la etapa de ejecución contractual.	Germán Bula Escobar (E)

No.	RADICADO	TEMA	PONENTE
7	2285	Fiscalización, determinación y cobro de obligaciones a favor del ICBF.	Germán Bula Escobar
8	2289	Oferta Pública. Enajenación de la participación accionaria del Estado en las Sociedades por Acciones Simplificadas.	Germán Bula Escobar (e)
9	2290	Consulta Previa. Naturaleza jurídica de las actas de protocolización de acuerdos. No son actos administrativos ni contratos estatales	Álvaro Namén Vargas
10	2294	Elección del Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), con domicilio en Tunja. Situación derivada de la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2016 (Rad. No. 11001-03-28-000-2015-00002-00), que declaró la nulidad del Acuerdo 42 de 2014 por medio del cual se eligió al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de dicha Universidad, adicionada mediante Auto del 7 de abril de 2016.	Édgar González López
11	2298	Cobro de los dineros adeudados en virtud de los contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación, vencido el plazo de liquidación, sin que este se haya realizado.	Édgar González López
12	2300	Contratación estatal. Artículo 38 de la Ley 80 de 1993 referente al régimen especial de contratación de las entidades estatales que tienen por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones. Derogación de dicho artículo por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, sobre las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).	Édgar González López
13	2305	Delegación de funciones entre entidades públicas	Germán Bula Escobar
14	2314	Democratización de la propiedad accionaria del Estado. No se aplica a la enajenación de acciones de empresas ubicadas en el exterior.	Édgar González López
15	2319	Contratación estatal. Contratos de entidades y organismos públicos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público. Decreto 777 de 1992 y derogación por el Decreto 92 de 2017. Nuevo régimen. Convenios de asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares. Artículo 96 Ley 489 de 1998.	Édgar González López
16	2334	Consulta Previa. Protocolo de Nagoya.	Óscar Darío Amaya Navas
17	2339	Negociaciones colectivas. Administración Pública. Servidores Públicos.	Germán Bula Escobar
18	2341	Adición presupuestal. ¿Es viable jurídicamente efectuar una adición presupuestal para aumentar la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)? ¿Resulta aplicable el artículo 79 del Decreto Ley 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto?	Édgar González López

No.	RADICADO	TEMA	PONENTE
19	2342	Condiciones para la declaratoria del Estado de Emergencia Económica.	Álvaro Namén Vargas
20	2354	Empleo de Director Regional de Establecimiento Público y en especial, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Conformación de terna de candidatos para selección por el Gobernador del Departamento respectivo. Escogencia del Gobernador de un candidato inhabilitado. Repetición del proceso de escogencia y nombramiento de Director Regional.	Édgar González López

2. Confirmaciones

A la Sala de Consulta y Servicio Civil le corresponde preparar los proyectos de confirmación de los funcionarios, que conforme a la Constitución y la ley, deben ser nombrados por la Sala Plena del Consejo de Estado. Durante el 2017 se presentaron a consideración de dicha Sala las siguientes confirmaciones:

CONFIRMACIONES SALA DE CONSULTA	
Carlos Hernán Rodríguez Becerra	Auditor General de la República
Hernando Sánchez Sánchez	Consejero de Estado
Milton Fernando Chaves García	Consejero de Estado
Julio Roberto Piza Rodríguez	Consejero de Estado
María Adriana Marín	Consejera de Estado
Oswaldo Giraldo López	Consejero de Estado

3. Participación en sesiones

TIPO DE SESIÓN	Sesiones
Sala Plena del Consejo de Estado	43
Sala de Gobierno	35
Salas de decisión ordinarias	45
Salas de decisión extraordinarias	4
Salas de decisión de conjueces	0
Reuniones con funcionarios del Gobierno Nacional	13
Audiencias en conflictos de competencias	2

4. Participación en la elaboración e implementación de textos normativos

Mediante documento fechado el 31 de julio de 2017, la Sala de Consulta y Servicio Civil presentó sus recomendaciones sobre el proyecto de decreto “Por medio del cual se reglamenta el artículo 65 de la Ley 1474 de 2011 en lo referente a las Comisiones

Regionales de Moralización y se dictan otras disposiciones”, dando con ello respuesta a la petición formulada por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República.

5. Organización de actividades académicas y culturales

5.1. Conmemoración del Bicentenario del Consejo de Estado



Mediante Resolución número 5 del 1º de marzo de 2016 de la Sala Plena del Consejo de Estado fue creada la “Comisión Bicentenario” para efectos de conmemorar la creación del Consejo de Estado mediante el Decreto de Angostura expedido por Simón Bolívar el 30 de octubre de 1817.

Como coordinador de dicha comisión se designó al doctor Álvaro Namén Vargas, magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil; quien se ocupó de organizar todos los eventos conmemorativos con el apoyo de los siguientes consejeros: Danilo Rojas Betancourt, Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Óscar Darío Amaya, Carlos Alberto Zambrano Barrera, Stella Jeannette Carvajal, Jorge Octavio Ramírez, Guillermo Sánchez Luque, Rocío Araújo, Gabriel Valbuena y Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

5.1.1. Charlas del Bicentenario

A lo largo del año 2017, se realizaron diferentes eventos, en los cuales se destacan las “Charlas del Bicentenario”, que fueron espacios diseñados para enriquecer el debate respecto a los temas más álgidos del derecho administrativo, se articuló en 4 charlas que contaron con invitados de las más altas calidades profesionales y transmisión por *streaming*. Tales jornadas académicas se estuvieron dedicadas a los siguientes temas: “La proyección de la buena administración en el derecho administrativo” *Ética en el ejercicio profesional del Abogado* “La huella francesa en el derecho público” y “En control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad”.

*Primera “Charla Bicentenario”:
“La proyección de la buena administración en el derecho administrativo”*



En esta primera charla, realizada el día 11 de mayo de 2017, se contó con la participación de Jaime Rodríguez Arana, Presidente de la Fundación Instituto Iberoamericano de Administración Pública.

*Segunda “Charla Bicentenario”:
“Ética en el ejercicio profesional del Abogado”*



Esta segunda charla se realizó el 21 de junio de 2017 en la Sala de Audiencias del Consejo de Estado y contó con la participación de Catalina Botero Marino, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; Emilsen González de Cancino, Directora del Departamento de Derecho Romano de la Universidad Externado; Jhon Jairo Morales, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad los Libertadores; y David Fernando Varela, Director del Centro de Estudios de Regulación Económica y Competitividad Internacional de la Universidad Javeriana.

*Tercera “Charla Bicentenario”:
“La huella francesa en el derecho público”*



La tercera charla tuvo lugar el día 5 de julio de 2017 y contó con la participación de los profesores Abdelmohssen Shena, miembro del Consejo de Egipto y delegado de la Asociación egipcia de exalumnos de la Escuela Nacional de Administración en Francia; Fabrice Hourquebie, profesor de la Universidad de Burdeos y Secretario General de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional; Miguel Malagón Pinzón, profesor de la Universidad de los Andes, y William Zambrano Cetina, profesor de la Universidad del Rosario y exvicepresidente del Consejo de Estado.

*Cuarta “Charla Bicentenario”:
“El control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad”*

En la última charla, realizada el día 16 de noviembre de 2017, se contó con la participación de Catalina Botero, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.



5.1.2. Conversatorio “El valor de las instituciones de la democracia colombiana”

El día 23 de octubre de 2017, en el Teatro Colón de la ciudad de Bogotá, se realizó el conversatorio sobre “*El valor de las instituciones en la democracia colombiana*”. En dicho conversatorio se contó con la participación del Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón; el Presidente del Consejo de Estado, Jorge Octavio Ramírez Ramírez y el Ministro de Justicia, Enrique Gil Botero. Además, se contó con la presencia de la Orquesta Sinfónica Nacional de Colombia.

5.1.3. Homenaje al libertador Simón Bolívar

Se rindió homenaje al libertador Simón Bolívar con una ofrenda floral. Dicho homenaje tuvo lugar el día 30 de octubre de 2017 en la Casa Museo Quinta de Bolívar de la ciudad de Bogotá.



5.1.4. Concurso de diseño de personajes animados

Otra de las actividades programadas en el marco del Bicentenario fue un concurso de diseño de tres personajes animados: Don Justo Consejo, Anita Garantía y Linda Justicia. El concurso buscaba que los funcionarios del Consejo de Estado pudiesen participar en el diseño de los personajes que formarían parte de las cápsulas animadas

a transmitirse por el canal institucional y que acompañarían diversos elementos de comunicación sobre las funciones del Consejo de Estado realizadas con la finalidad de educar a la ciudadanía sobre las funciones del Consejo de Estado a propósito de sus 200 años de creación.

5.1.5. Moot Court en Derecho Administrativo

Con el apoyo de la Corporación Excelencia en la Justicia, el Consejo de Estado organizó el *Moot Court* en Derecho Administrativo, en el que estudiantes de derecho de las diferentes universidades del país demostraron su dominio del derecho contencioso administrativo resolviendo un caso hipotético oral, como los que cursan en las Secciones del Consejo de Estado, este concurso tuvo lugar los días 24, 25, 26 y 27 de octubre de 2017. La Universidad Externado de Colombia fue la ganadora del premio al mejor equipo, al mejor escrito de demanda y a la mejor oradora, mientras que el segundo lugar lo obtuvo la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.



5.1.6. Convocatoria de comentarios y crítica a la jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado

El Consejo de Estado y la Universidad Externado de Colombia convocaron a estudiantes y profesionales en Derecho o Humanidades a realizar un artículo académico de comentario y crítica de la jurisprudencia contencioso-administrativo y conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia, de cualquier tema y época.

En la categoría profesionales, el primer lugar le correspondió a Sebastián Marcelo Morillo Carrillo, mientras que Santiago Fajardo Peña y Farid Bermúdez Forero obtuvieron el segundo y tercero, respectivamente. En la categoría estudiantes, le correspondió a Camilo Hoyos Hoyos el primer lugar; a Andres Palomino Jaramillo, el segundo, y a Ana Enilda Vergara Pérez, el tercero.



5.2. XXIII Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. “Encuentro del Bicentenario: Paz, ética, instituciones y justicia en la era digital”

Durante los días 31 de octubre, 1º y 2 de noviembre del año 2017, se realizó el “XXIII Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: Encuentro del Bicentenario” en el Centro Empresarial El Cubo de Colsubsidio de la ciudad de Bogotá. La organización del este evento fue liderada por el doctor Germán Alberto Bula Escobar, Consejero de la Sala de Consulta y Servicio Civil y Vicepresidente del Consejo de Estado, con el apoyo del equipo de trabajo de la Presidencia del Consejo de Estado y de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Dicho evento congregó a Jueces, Magistrados y Consejeros de Estado, así como a académicos de diversas naciones con el fin de analizar el presente y futuro de la jurisdicción contencioso administrativa.

El acto de instalación del Encuentro del Bicentenario fue presidido por el Vicepresidente de la República, Óscar Naranjo Trujillo, junto con el Presidente del Consejo de Estado, Jorge Octavio Ramírez Ramírez; el Ministro de Justicia, Enrique Gil Botero; la embajadora de la Unión Europea, Rachel Brazzyer y el Alcalde Mayor de Bogotá, Enrique Peñalosa Londoño.

Algunos de los temas tratados en los diversos paneles fueron:

- Justicia, Guía y Control de la Administración: funciones jurisdiccionales y consultivas en el derecho comparado.

- El Consejo de Estado colombiano en el derecho comparado.
- Una mirada al futuro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
- Inteligencia artificial y jurisdicción de lo contencioso administrativo ¿sustitución del juez en sus decisiones?
- Memoria, víctimas y reconciliación
- Instituciones, justicia abierta, ética y construcción de paz.

5.2.1. Conferencias magistrales

La conferencia inaugural estuvo a cargo de la académica Adela Cortina, catedrática de Ética y Filosofía Política en la Universidad de Valencia, quien analizó el tema “Ética Judicial y Justicia Abierta”. Posteriormente, el profesor José Moya de la Universidad de Columbia (EE. UU.) disertó sobre “La justicia formal y su entorno sociocultural: una perspectiva transnacional”.



Prof. Adela Cortina

Otras de las conferencias magistrales realizadas en el marco del evento estuvieron a cargo del doctor Jaime Rodríguez-Arana (España) quien se refirió al tema “El derecho fundamental a una buena función judicial” y de los doctores Bernd Marquardt (Alemania) y Wan Yan Bing, Magistrada de la Corte Suprema de la República Popular China, quienes presentaron ponencias sobre “Justicia, guía y control de la administración: funciones jurisdiccionales y consultivas en el derecho comparado”.

5.2.2. Paneles

El primero de los paneles de trabajo estuvo dedicado a “*Justicia, guía y control de la Administración: funciones jurisdiccionales y consultivas en el derecho comparado*”, contó con la participación, entre otros, de Jean-Marc Sauvé, Vicepresidente del Consejo de

Estado de Francia; Enrique Gil Botero, Ministro de Justicia y del Derecho; Luis Fernando Álvarez Jaramillo, expresidente del Consejo de Estado y Decano de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana; Danilo Rojas Betancourth, Consejero, expresidente del Consejo de Estado y magistrado electo del Tribunal para la Paz, y fue presidida por la doctora Consuelo Sarria Olcos, expresidenta del Consejo de Estado.



La siguiente parte de este panel fue presidida por la doctora Dolly Pedraza de Arenas, expresidente del Consejo de Estado, y contó con participación de Manuel Campos Sánchez-Bordona, Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Carsten Günther, Juez del Tribunal Federal Administrativo de Alemania; Richard Stearns, Juez de la Corte General de Massachusetts, EE.UU.

El segundo panel estuvo dedicado al tema “*La relevancia institucional del Consejo de Estado de Colombia*” y contó con la participación de Libardo Rodríguez, Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo; Jaime Rodríguez-Arana, Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo; Manuel Bosqué, Presidente de la Asociación de Juristas Franco-Colombianos; Liliana Caballero, Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública; Alberto Yepes Barreiro, Consejero de Estado; Martine de Boisdeffre, Presidenta de la Sección de Informes y Estudios del Consejo de Estado francés; Gilles Pellissier, Consejero de Estado de Francia y Guillermo Sánchez Luque, Consejero de Estado.

Posteriormente, se dedicó una sesión de trabajo a “*Nova et vera*” de una institución bicentaria bajo la dirección de Juan Carlos Forero, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor del Rosario. En esta sesión se trataron las siguientes conferencias: Allan Brewer Carías, Universidad de Columbia, EE. UU., habló acerca del “Contexto histórico de la creación del Consejo de Estado en Angostura”; William Zambrano Cetina, exconsejero del Estado se refirió al “Consejo de Estado en el siglo XIX” y Carlos Betancur Jaramillo y Consuelo Sarria Olcos, expresidentes del Consejo de Estado al “Consejo de Estado en el siglo XX”. Por su parte, los Consejeros de Estado Rocío Araújo

Oñate, Guillermo Sánchez Luque y Stella Conto Díaz reseñaron “Una mirada al futuro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

En la sesión de la tarde del 1º de noviembre se expuso “Inteligencia artificial y jurisdicción de lo contencioso administrativo ¿sustitución del juez en sus decisiones? ¿Posibilidad real?”. En esta jornada intervinieron los profesores Daniel Aranki de la Universidad de Berkeley, Tom S. Clark de Universidad de Emory, EE. UU.; el Rector de la Universidad Externado de Colombia, Juan Carlos Henao; los Consejeros de Estado Jaime Orlando Santofimio y William Hernández, y los profesores de la Universidad Externado de Colombia, Daniel Castaño y Sergio González.



El día 2 de noviembre de 2017 estuvo dedicado a “Memorias, víctimas y reconciliación”. En este panel se contó con la presencia de José María Tojeira Pelayo, Director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” de El Salvador; Juan Carlos Sáinz-Borgo, Vicerrector de la Universidad para la Paz de las Naciones Unidas de Costa Rica; Javier López de Goicoechea, Codirector del Instituto Berg en España. El doctor Julio Andrés Sampredo Arrubla, Decano de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, presidió el panel.

Los doctores Augusto Ibáñez Guzmán, expresidente de la Corte Suprema de Justicia; Germán Bula Escobar, Vicepresidente del Consejo de Estado; Gerardo Arenas Monsalve, exconsejero de Estado y Julio Andrés Sampredo Arrubla, Decano de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, analizaron la Justicia restaurativa y la reparación del daño.

En el coloquio “El Consejo de Estado y la Cooperación Internacional” se contó con la participación de Marianne Menjivar, Directora del Programa de Gobernabilidad Regional, RGA de USAID; Marie-Christine Fuchs, Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, KAS; Karem Hussmann, Directora del proyecto ACTUE-Colombia, FIIAPP; Ángel Martín Peccis, Director, OEI; y Martín Santiago, Coordinador Residente y

representante residente, PNUD. El panel fue presidido por el doctor Álvaro Namén Vargas, Consejero de Estado.



El cierre del evento se realizó con el panel “Instituciones, Justicia Abierta, Ética y Construcción de Paz” con la presencia de Juan Gossain, Escritor y Periodista; Gloria María Borrero, Directora Corporación Excelencia en la Justicia; Jorge Octavio Ramírez, Presidente Consejo de Estado; Carlos Raúl Yepes, Empresario; Fernando Carrillo Flórez, Procurador General de la Nación; Francisco José de Roux, Jesuita; y Néstor Humberto Martínez, Fiscal General de la Nación. Estuvo a cargo de la sesión Roberto Pombo, Director de *El Tiempo*.



A la ceremonia de clausura asistieron los doctores Juan Manuel Santos Calderón, Presidente de la República; Enrique Gil Botero, Ministro de Justicia y del Derecho; Fernando Carrillo Flórez, Procurador General de la Nación y Néstor Humberto Martínez, Fiscal General de la Nación, entre otros.

6. Publicaciones

6.1. Memorias de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para el año 2016 (III Tomos)



La Sala de Consulta y Servicio Civil en 2017 publicó la octava edición de su memoria anual. Esta publicación, integrada por tres volúmenes, recoge el resumen de las principales actividades realizadas por la Sala durante el año inmediatamente anterior, así como los textos completos de los conceptos a los que se les levantó la reserva durante la misma anualidad y una selección de conflictos de competencia administrativa resueltos durante el mismo periodo. Dicha publicación fue posible gracias al apoyo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

6.2. Los conceptos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. 100 años de historia



Esta obra es fruto de las labores de investigación de la Sala desde el año 2013, bajo la coordinación del doctor Augusto Hernández Becerra, con el objetivo de analizar la incidencia de los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil en la jurisprudencia contencioso administrativa, y la importante labor que estos cumplen en la formación de los precedentes judiciales del país.

6.3. Los conceptos del Consejo de Estado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional



Esta obra presenta los resultados de las labores de investigación adelantadas por la Sala de Consulta con el fin de evidenciar la relación e incidencia de los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil en la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, y de poner de presente la importante labor de apoyo que la función consultiva tiene en la construcción del Estado Social de Derecho y en el afianzamiento de las instituciones democráticas de nuestro país.

7. Definición de conflictos de competencias administrativas

Durante el año 2017 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resolvió 142 conflictos de competencias administrativas, en ejercicio de la facultad asignada en el artículo 4º de la Ley 954 de 2005 y que hoy está regulada en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. A continuación se presenta una relación de los conflictos resueltos atendiendo a criterios temáticos.

7.1. Conflictos en materia de familia

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201700002	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Once de Familia Suba 1 y la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal Suba de la Regional Bogotá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña A.M.G.R.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del ICBF –Centro Zonal Santafé, Regional Bogotá– para verificar el cumplimiento de los acuerdos de la audiencia de conciliación dentro del proceso de restablecimiento de derechos de la niña A.M.G.R.	Óscar Darío Amaya Navas
2.	201700003	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Once de Familia - Suba Uno y la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal Suba de la Regional Bogotá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de las niñas L.P. y S.L.P.	Declararse inhibida para dirimir el presunto conflicto negativo de competencias administrativas planteado por la Comisaría de Familia Once de Suba Uno frente a la Defensoría De Familia equipo No. 4 para asuntos conciliables del Centro Zonal de Suba – ICBF.	Germán Alberto Bula Escobar
3.	201700020	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal Noroccidental - Hogar de Paso 1 de Medellín, la Comisaría Comuna Ocho de Medellín y el Juzgado Octavo de Familia de Medellín, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.D.G.T.	Declarar competente a la Defensoría de Familia de la Regional Antioquia para continuar con el segundo proceso administrativo de restablecimiento de derechos.	Édgar González López
4.	201700021	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal Barrios Unidos de la Regional Bogotá y la Comisaría de Familia Segunda de Chapinero, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño A.S.G.C.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos del ICBF Regional Bogotá para conocer y decidir de fondo sobre la sanción solicitada por la madre del menor A.S.G.C., ante el presunto incumplimiento de la medida de amonestación impuesta por la Comisaría de Familia de Chapinero, al señor Miguel Ángel Guijo Santamaría, padre del menor.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
5.	201700022	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal del Café de la Regional de Caldas y la Comisaría de Familia del Municipio de Chinchiná (Caldas), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño J.E.B.G.	Declarar competente a la Comisaría de Familia de Chinchiná, Caldas, para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos del niño J.E.B.G.	Álvaro Namén Vargas
6.	201700030	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Once de Familia - Suba I y la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal Suba de la Regional Bogotá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño B.E.G.A.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del ICBF -Centro Zonal Suba, Regional Bogotá- para adelantar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, por la presunta vulneración del derecho a la salud del niño A.S.G.R.	Óscar Darío Amaya Navas
7.	201700060	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Norcasia (Caldas) y la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal de Manizales Dos de la Regional de Caldas, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña J.A.A.A.	Declarar competente a la Defensoría de Familia de Manizales para que continúe con el seguimiento de la medida de restablecimiento en favor de la niña J.A.A.A.	Édgar González López
8.	201700087	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo Municipal de Campohermoso (Boyacá) y la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal de Miraflores de la Regional de Boyacá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente V.V.P.	Declarar competente al Juzgado Promiscuo Municipal de Campohermoso (Boyacá), para resolver sobre la situación de abandono y posible adoptabilidad de la adolescente V.V.P.	Álvaro Namén Vargas
9.	201700088	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo Municipal de Campohermoso (Boyacá) y la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal de Miraflores de la Regional de Boyacá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño C.F.V.P.O.	Declarar competente al Juzgado Promiscuo Municipal de Campohermoso (Boyacá), para resolver sobre la situación de adoptabilidad del niño C.F.V.P.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10.	201700089	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo Municipal de Campohermoso (Boyacá) y la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal de Miraflores de la Regional de Boyacá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña G.D.V.P.	Declarar competente al Juzgado Promiscuo Municipal de Campohermoso (Boyacá), para resolver sobre la situación de adoptabilidad de la de la menor G.D.V.P.	Álvaro Namén Vargas
11.	201700103	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal Suroriente de la Regional Antioquia y el Cabildo Urbano Indígena Chibcariwak, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente B.H.D.	Declarase inhibida para resolver de fondo el presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Regional Antioquia, Centro Zonal Suroriental, y el Cabildo Indígena Chibcariwak.	Álvaro Namén Vargas
12.	201700111	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Chinchiná (Caldas) y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal del Café de la Regional de Caldas, con el fin de determinar el competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña K.D.V.O.	Declarar competente a la Defensora de Familia del Centro Zonal del Café del ICBF Regional Caldas para adelantar el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de la adolescente K.D.V.O.	Germán Alberto Bula Escobar
13.	201700112	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal de Zipaquirá y la Comisaría Primera de Familia de Chía, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña N.V.C.C.	Declarar competente que la Comisaría Primera de Familia del Municipio de Chía, Cundinamarca, es la autoridad competente para continuar proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la menor de edad N. V.C.C.	Álvaro Namén Vargas
14.	201700120	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal dos de Manizales, de la Regional Caldas y el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Manizales, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derecho del adolescente J.A.P.G.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
15.	201700121	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de la Comuna Diez de Medellín y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal Suroriental de la Regional Antioquia, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña L.M.R.C.	Declarar competentes a las siguientes autoridades, para los fines que a continuación se señalan: A la Defensoría de Familia del ICBF, Regional Antioquia, Centro Zonal Suroriental, para que decida si continúa o termina el proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado el 17 de marzo de 2017, a la luz de las consideraciones efectuadas en esta decisión. Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Antioquia, para que, por conducto del coordinador del Centro Zonal que sea competente por el factor territorial, realice el seguimiento al cumplimiento de las medidas adoptadas por el Juzgado Trece de Familia de Oralidad de Medellín, así como la verificación del estado y el cumplimiento actual de los derechos de la niña L.M.R.C., y para que, con base en dichas gestiones, presente un informe detallado al Juzgado Trece de Familia de Oralidad de Medellín, con las recomendaciones que considere pertinente. Al Juzgado Trece de Familia de Oralidad de Medellín para que, con base en el informe señalado en el numeral anterior, determine si mantiene, suspende o modifica, total o parcialmente, las medidas de restablecimiento de derechos adoptadas por ese despacho en favor de la menor L.M.R.C., con base en lo dispuesto por el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
16.	201700122	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia del Municipio de Icononzo (Tolima) y la Comisaría de Familia del Municipio Tibacuy (Cundinamarca), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la niña V.B.A.	Declarar competente a la Comisaría de Familia del Municipio de Fusagasugá, Cundinamarca, en lo referente a los actos de violencia intrafamiliar y a la Defensoría de Familia de Fusagasugá (Cundinamarca) respecto al proceso de restablecimiento de los derechos de la menor V.B.A.	Óscar Darío Amaya Navas
17.	201700157	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal Galán de la Regional del Tolima y el Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué (Tolima), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del adolescente M.A.S.G.	Declarar competente al Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué, Tolima, para resolver sobre la situación de adoptabilidad del menor M.A.S.G.	Óscar Darío Amaya Navas
18.	201700167	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal de Urabá de la Regional Antioquia y el Juzgado Promiscuo de Familia de Turbo (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos del niño A.D.	Declarar competente al Juzgado Promiscuo de Turbo (Antioquia) para declarar en situación de adoptabilidad al menor A.D.	Álvaro Namén Vargas

7.2. Conflictos en materia de pensiones

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1	201700007	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Pensiones Territorial de Santander (Departamento de Santander) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión del señor Gabriel Jerez Gamboa.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para tramitar y decidir de fondo la solicitud del señor Gabriel Jerez Gamboa respecto del reconocimiento de su derecho pensional.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
2	201700012	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación del Departamento del Chocó, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Juan Bernardo Hinestrosa Bejarano.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Chocó y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional formulada por el señor Juan Bernardo Hinestrosa Bejarano.	Álvaro Namén Vargas
3	201700015	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para reconocer una pensión de vejez en favor del señor Juan Nelson Sánchez Ortiz.	Declararse inhibida para conocer sobre el presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional del señor Juan Nelson Sánchez Ortiz.	Édgar González López
4	201700016	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para reconocer la pensión de vejez de la señora Celina Mercedes Daza Gutiérrez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de pensión de vejez de la señora Celina Mercedes Daza Gutiérrez.	Édgar González López
5	201700017	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para reconocer la pensión de vejez de la señora Georgina Dueñas Peña.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP) para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora Georgina Dueñas Peña.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
6	201700018	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) con el fin de determinar el competente para reconocer y pagar la pensión de vejez de la señora Tulia Islenia Torres de Cáceres.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Tulia Islenia Torres de Cáceres.	Germán Alberto Bula Escobar
7	201700019	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Dirección Administrativa del Fondo Territorial de Pensiones de la Alcaldía de Pasto y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar el competente para reconocer y pagar la pensión del señor Tobías Carlosama Meneses.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Tobías Carlosama Meneses identificado con cédula de ciudadanía No. 5.280.011 de La Unión (Nariño).	Álvaro Namén Vargas
8	201700026	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión del señor Plácido Orejuela Mosquera.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para tramitar y decidir de fondo sobre la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Plácido Orejuela Mosquera.	Germán Alberto Bula Escobar
9	201700029	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de pensión de vejez de la señora Olga Polanía de Fernández	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, (UGPP), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Olga Polanía de Fernández, identificada con la cedula de ciudadanía N° 20.298.399.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10	201700033	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la Autoridad Administrativa competente para resolver la solicitud presentada por el señor Osvaldo Díaz Reyes.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Osvaldo Díaz Reyes, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.760.285.	Germán Alberto Bula Escobar
11	201700034	Conflicto de competencias Administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Rodolfo Emiro Quinto Rivas.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), (antes ISS) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez del señor Rodolfo Emiro Quinto Rivas.	Óscar Darío Amaya Navas
12	201700043	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para reconocer y pagar lo ordenado en providencia judicial a favor del señor Marco Fidel Santamaría Pineda.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Ministerio de Salud y Protección Social, en orden a determinar cuál es la autoridad competente para pagar los intereses por la demora en el pago de la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.	Óscar Darío Amaya Navas
13	201700044	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Cecilia Alfonso Tarazona.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Cecilia Alfonso de Tarazona.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
14	201700045	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación del Departamento de Santander - Fondo de Pensiones Territorial de Santander, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Cecilia Beltrán de Acevedo.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Cecilia Beltrán de Acevedo.	Álvaro Namén Vargas
15	201700046	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Luis Ernesto Pulido.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentado por el señor Luis Ernesto Pulido, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.942.150 de Líbano, Tolima.	Édgar González López
16	201700047	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación del Departamento del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Serafín Morales Morales.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Serafín Morales Morales, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.159.308.	Germán Alberto Bula Escobar
17	201700048	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora María Custodia Navarro de Saravía.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora María Custodia Navarro de Saravía.	Oscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
18	201700052	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Ana Luz Yáñez Morales.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones) para estudiar de fondo el derecho que le pueda asistir a la señora Ana Luz Yáñez Morales, dentro de su solicitud de reconocimiento pensional, bajo los lineamientos establecidos en el Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España y el Acuerdo Administrativo suscrito para la aplicación del mismo.	Germán Alberto Bula Escobar
19	201700053	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Marina Luz Montero Díaz.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas, en relación con la solicitud de la señora Marina Luz Montero Díaz.	Édgar González López
20	201700062	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación de Santander - Fondo Territorial de Pensiones de Santander y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud del Señor Mauricio Torres Arciniegas.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Departamento de Santander - Fondo de Pensiones Territorial de Santander y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional formulada por el señor Mauricio Torres Arciniegas.	Álvaro Namén Vargas
21	20170063	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía Municipal de Suárez (Tolima) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Ramiro Aníbal Suárez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones) para estudiar de fondo la solicitud pensional elevada por el señor Ramiro Aníbal Suárez.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
22	201700068	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación de Cundinamarca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Buenaventura Albornoz Cruz.	Declarar competente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para resolver de fondo la solicitud de pensión de jubilación del señor Buenaventura Albornoz Cruz.	Édgar González López
23	201700069	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección social (UGPP), y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Robinson Arnulfo Benítez Ruiz.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Robinson Arnulfo Benítez Ruiz, identificado con la cédula de ciudadanía No 6.812.929 de Sincelejo.	Édgar González López
24	201700070	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor José Berse Lay Vargas López.	Declarar competente al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para cumplir el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión, del 28 de mayo de 2015, número de radicación 25000232500020120073401.	Álvaro Namén Vargas
25	201700072	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Dilsa Teresa Villa Sarmiento.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones), para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Dilsa Teresa Villa Sarmiento.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
26	201700073	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud del señor Armando Enrique Barreto Jaramillo.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Armando Enrique Barreto Jaramillo.	Germán Alberto Bula Escobar
27	201700074	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud del señor Enrique Palacio Alzate.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Enrique Palacio Alzate, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.517.603.	Germán Alberto Bula Escobar
28	201700075	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Josefina Mercedes Daza quien actúa por intermedio de curador.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en el expediente de la referencia.	Édgar González López
29	201700076	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Departamento de Risaralda y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor José Hearly Sabogal Tamayo.	Declarar competente a la Gobernación de Risaralda para entregar al señor José Hearly Sabogal Tamayo, o a quien él autorice, las pruebas documentales que demuestren su afiliación a Cajanal, así como el descuento y pago de los aportes para pensión a dicha caja, durante el	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
			<p>periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1967 y el 19 de enero de 1969. Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para entregar al señor José Hearly Sabogal Tamayo, o a quien él autorice, las pruebas documentales de su afiliación a Cajanal y del pago de los aportes a dicha entidad, por parte del Departamento de Risaralda, durante el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1967 y el 19 de enero de 1969.</p>	
30	201700077	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud del señor Saúl José Bernal Donado.</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para conocer de la solicitud de pensión de vejez del señor Saúl José Bernal Donado.</p>	Óscar Darío Amaya Navas
31	201700080	<p>Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud del señor José Vicente Numpaqué Moreno.</p>	<p>Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor José Vicente Numpaqué Moreno identificado con cédula de ciudadanía No. 3.161.264 de San Juan de Rioseco, Cundinamarca.</p>	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
32	201700081	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Luz Amparo Correa de Becerra	Declarar competente al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), para resolver de fondo la solicitud de liquidación del cálculo actuarial pensional de la señora Luz Amparo Correa de Becerra, desde el 1° de enero de 1982 hasta el 1° de abril de 1983.	Édgar González López
33	201700083	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación del Chocó - Administración Temporal para el Sector Educativo del Chocó y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Ruth del Carmen Arriaga Córdoba.	Declarar competente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para resolver de fondo sobre la pensión de jubilación reclamada por la señora Ruth del Carmen Arriaga Córdoba.	Óscar Darío Amaya Navas
34	201700090	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Alcira Esther Blanco Gutiérrez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Alcira Esther Blanco Gutiérrez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.026.258.	Germán Alberto Bula Escobar
35	201700091	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Silvia de Jesús Orozco Fernández.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
36	201700094	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fonpremag) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora María Beatriz Vargas Avendaño.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Fiduprevisora como representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).	Édgar González López
37	201700095	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Tolima - Dirección del Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Martha Nubia Ballesteros de Pulido.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para tramitar y decidir de fondo la solicitud de reconocimiento pensional de la señora Martha Nubia Ballesteros de Pulido.	Germán Alberto Bula Escobar
38	201700100	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Gregoria Baltán Burbano.	Declarar competente a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP), para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente de la señora Gregoria Baltán Burbano.	Óscar Darío Amaya Navas
39	201700105	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Gobernación de Santander - Fondo Territorial de Pensiones, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Elsa Hensel de Markert.	Declarar competente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para resolver de fondo sobre la pensión de jubilación reclamada por la señora docente Elsa Hensel de Markert.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
40	201700106	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora María Consuelo Torres Olaya.	Declarar competente a la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo sobre la pensión de jubilación reclamada por la señora María Consuelo Torres Olaya.	Óscar Darío Amaya Navas
41	201700107	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación de Santander - Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Magdalena Piza Ovalle.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Magdalena Piza Ovalle, identificada con cédula de ciudadanía No. 41505481 de Bogotá.	Édgar González López
42	201700108	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud presentada por la señora Farides del Carmen Peña de Cortés.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Farides del Carmen Peña Cortés, identificada con la cédula de ciudadanía 22829864.	Édgar González López
43	201700109	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y la administradora colombiana de pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud presentada por el señor Eugenio Consorcio García Montes.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, (UGPP), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Eugenio Consorcio García Montes, identificado con la cédula de ciudadanía N° 6.583.733 bajo los regímenes de la Ley 71 de 1988 o de la Ley 100 de 1993 (con el mínimo de semanas cotizadas requerido).	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
44	201700110	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Alcaldía de Bucaramanga - Fondo Territorial de Pensiones del municipio de Bucaramanga, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud presentada por la señora María Mercedes Cordero Muñoz.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora María Mercedes Cordero Muñoz.	Óscar Darío Amaya Navas
45	201700115	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora María Viterlicia González.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones), para tramitar y resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de la señora María Viterlicia Pinzón González.	Germán Alberto Bula Escobar
46	201700116	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Ramón Antonio Rosales Álvarez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Ramón Antonio Rosales Álvarez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.817.979 de Bucaramanga.	Óscar Darío Amaya Navas
47	201700117	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Esther Maritza Bonivento Johnson.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Esther Maritza Bonivento Johnson, identificada con la cédula de ciudadanía No. 36.531.575 de Santa Marta (Magdalena).	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
48	201700118	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía Municipal de la Unión (Nariño) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Gloria Lady Pabón de Martínez.	Declarar competente Colpensiones, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes presentada por la señora Gloria Lady Pabón de Martínez, en su condición de cónyuge supérstite del señor Segundo César Martínez Paz.	Germán Alberto Bula Escobar
49	201700119	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación de Antioquia y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Darío de Jesús Ramírez Bermúdez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Darío de Jesús Ramírez Bermúdez.	Óscar Darío Amaya Navas
50	201700124	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Vianney Rivas Quinto.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Vianney Rivas Quinto.	Álvaro Namén Vargas
51	201700125	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Pedro José Mendoza.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de pensión de vejez del señor Pedro José Mendoza Ortega.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
52	201700126	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Chocó y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Fanny Leila Quiñones de Castillo.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional, o pensión de sobrevivientes, presentada por la señora Fanny Leila Quiñones de Castillo, identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.135.145.	Édgar González López
53	201700131	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Guillermina María Barliza.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Guillermina María Barliza, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.918.051 de Riohacha.	Édgar González López
54	201700132	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora María Candelaria Vanegas Polanco.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Francisco Virgilio Trespalcios Rodríguez.	Óscar Darío Amaya Navas
55	201700133	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Laureano Gómez Murcia.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional del señor Laureano Gómez Murcia.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
56	201700134	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol S. A.) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Amaury León Navas.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Amaury León Navas, identificado con la cedula de ciudadanía No. 8.826.351.	Álvaro Namén Vargas
57	201700136	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Luz Marina Ávila Barros.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de pensión de la señora Luz Marina Ávila Barros.	Édgar González López
58	201700142	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor José Antonio Leal García.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor José Antonio García Leal, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.326.468.	Édgar González López
59	201700145	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Héctor Lombo Bautista.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo sobre los derechos pensionales reclamados por el señor Héctor Lombo Bautista.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
60	201700149	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Manuel Alfonso Pulido Villamarín.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del Señor Manuel Alfonso Pulido Villamarín.	Óscar Darío Amaya Navas
61	201700150	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Héctor Jaime Rocha González.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para tramitar y resolver de fondo la solicitud de reconocimiento del derecho pensional presentada por el señor Héctor Jaime Rocha González.	Germán Alberto Bula Escobar
62	201700152	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Fabio Augusto Becerra Vera.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Fabio Augusto Becerra Vera, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.364.816.	Germán Alberto Bula Escobar
63	201700153	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Patricia Zuleta Muegues.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones, (Colpensiones), para conocer de la solicitud de pensión de vejez de la señora Patricia María Zuleta Muegues.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
64	201700154	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del Señor Carlos Humberto Parrado Poveda.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para conocer de la solicitud de pensión de vejez del señor Carlos Humberto Parrado Poveda.	Álvaro Namén Vargas
65	201700170	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Defensa Nacional - Grupo de Prestaciones Sociales y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Humberto Alirio Torres Solano.	Declarar competente a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Humberto Alirio Torres Solano, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.093.916 de Panqueba (Boyacá).	Édgar González López
66	201700172	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Manuel Eustacio Caicedo Camacho.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Manuel Eustacio Caicedo Camacho.	Germán Alberto Bula Escobar
67	201700173	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Armando Rodrigo Caicedo Caicedo.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor Armando Rodrigo Caicedo Caicedo.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
68	201700183	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y el Departamento de Amazonas, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Pablo Emilio Moreno.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para conocer sobre la solicitud de reliquidación pensional del señor Pablo Emilio Moreno.	Germán Alberto Bula Escobar
69	201700184	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora María Rubiela Martínez Arango.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo sobre la solicitud de formulada por la señora María Rubiela Martínez Arango.	Álvaro Namén Vargas
70	201700188	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía Municipal de Convención (Norte de Santander), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Sergio Fernely Gracia Rosado.	Declarase inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía Municipal de Convención (Departamento de Norte de Santander), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en relación con la solicitud de reconocimiento pensional formulada por el señor Sergio Fernely García Rosado.	Óscar Darío Amaya Navas
71	201700189	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación de Boyacá - Secretaría de Hacienda - Fondo Pensional Territorial de Boyacá y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Claudio Samuel Monroy Moreno.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor Claudio Samuel Monroy Moreno.	Álvaro Namén Vargas

7.3. Conflictos en materia de investigaciones disciplinarias

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1	201700008	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial - Procuraduría General de la Nación y la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación en el proceso disciplinario en contra de la señora Herminia Quintero Serna.	Declarar competente a la Sala Plena del Tribunal Superior de Antioquia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Personero Municipal de Caicedo (Antioquia) contra la decisión del Juzgado Promiscuo de dicho municipio, mediante la cual archivó la indagación disciplinaria adelantada contra la señora Herminia Quintero Serna.	Édgar González López
2	201700009	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa - Procuraduría General de la Nación y la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra de la señora Adriana Abadía Salazar.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación para adelantar la investigación disciplinaria en contra de la señora Adriana Abadía Salazar en su condición de Jefe de Tecnologías de la Información de la Superintendencia Nacional de Salud, iniciada por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Nacional de Salud.	Óscar Darío Amaya Navas
3	201700010	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial - Procuraduría General de la Nación y la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra del señor Humberto de Jesús Calle Muñoz.	Declarar competente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Humberto de Jesús Calle Muñoz contra la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo (Antioquia), mediante el cual se le sancionó y declaró disciplinariamente responsable como secretario del citado despacho.	Óscar Darío Amaya Navas
4	201700035	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Provincial de Armenia (Quindío) y la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Quindío, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso por las presuntas irregularidades cometidas por el señor Darwin Rivas.	Declarar competente al Juez titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Salento, Departamento del Quindío, para adelantar las actuaciones de naturaleza disciplinaria que puedan originarse en las situaciones irregulares informadas con relación al señor Darwin Leobal Rivas, en su calidad de Secretario de ese despacho judicial.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
5	201700055	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación y la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud), con el fin de determinar el competente para conocer del proceso disciplinario en contra de los doctores Juan Carlos Corrales Barona y Nelson Gerardo Mayorga Radicado (3-2013-014814 - (IUS - 2015-76188).	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación para continuar con la investigación disciplinaria iniciada en contra del doctor Juan Carlos Corrales Barona, quien para la época de los hechos ostentaba el cargo de Superintendente Delegado para la Protección del Usuario y Participación Ciudadana y el funcionario Nelson Gerardo Mayorga Espinosa de la Superintendencia Nacional de Salud.	Óscar Darío Amaya Navas
6	201700061	Conflicto de Competencias administrativas suscitado entre el Instituto Nacional de Salud (INS) y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación (PGN), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario por las irregularidades con el pago de aportes al sistema de seguridad social en favor de la señora Martha Inés Cely Salinas.	Declarar competente a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa - Procuraduría General de la Nación, para continuar el proceso disciplinario No. ID-016-2016 iniciado en el Instituto Nacional de Salud, por razón de las decisiones contenidas en las Resoluciones Nos. 595 de 2015 y 0823 de 2016.	Germán Alberto Bula Escobar
7	201700064	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación (PGN) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga - Sala Civil - Familia, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en el proceso disciplinario en contra del señor Diego José Gutiérrez Agudelo.	Declarar competente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Diego José Gutiérrez Agudelo contra la decisión del 13 de julio de 2016, proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), mediante la cual fue sancionado disciplinariamente.	Álvaro Namén Vargas
8	201700067	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud) y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación (PGN) con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la actuación disciplinaria No. NRCD 0001-1-00010913.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación para continuar con la investigación disciplinaria iniciada en contra de William Javier Vega Vargas, Sandra Esther Monroy Barrios, Simón Bolívar Valbuena y María Claudia Soto Franco como Jefes de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud y Gilberto Álvarez Uribe, Hernando Said Murad Valencia y Sandra Roca Garavito como Superintendentes Delegados para la Atención en Salud de la Superintendencia Nacional de Salud.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
9	201700085	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Instituto Nacional de Salud (INS) y la Procuraduría Primera Distrital de Bogotá, D. C. - Procuraduría General de la Nación (PGN), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario ID-006-2016-264536 - 16.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación, para continuar con la investigación disciplinaria No. ID-006-2016-264536-16, iniciada en contra de Fabián Ricardo Romero Suárez en calidad de Jefe de la oficina Asesora de Planeación y Sistemas de Información; Luis Antonio Ayala, Profesional de la oficina Asesora de Planeación y Sistemas de Información y Jefe encargado de la misma oficina; Jaime Cardona Botero, Jefe de Oficina Asesora de Planeación; Cielo del Socorro Castilla Pallares, Jefe de la Oficina de Control Interno y Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas de Información; Dora Milena Velosa Duque, Profesional Especializado en la Oficina Asesora de Planeación; Sandra Milena Medina Tirado, Profesional Especializado de la Oficina de Control Interno y Diana del Rosario Escobar Murillo, Profesional Universitario de la Oficina de Control Interno del Instituto Nacional de Salud.	Óscar Darío Amaya Navas
10	201700086	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Instituto Nacional de Salud (INS) y la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa - Procuraduría General de la Nación (PGN), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario ID-015-2016 - 264536 - IUS 2016-236401.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, para conocer de la queja disciplinaria presentada en contra de la Jefe de la Oficina de Control Interno del Instituto Nacional de Salud.	Édgar González López
11	201700102	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Cultura - Grupo Control Interno Disciplinario y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación (PGN), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la asociación de empleados del Ministerio de Cultura - Asocultura.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, para conocer de la queja disciplinaria presentada en contra del Secretario General del Ministerio de Cultura.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
12	201700128	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Sostenible y la Agencia de Desarrollo Rural con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud presentada por los integrantes de la asociación de desplazados de Fonseca - Adesfongua.	Declarar competente a la Agencia de Desarrollo Rural para adelantar el proceso disciplinario derivado de la queja presentada por Adesfongua.	Édgar González López
13	201700130	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinario y el Ministerio de Defensa Nacional, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de un impedimento en un proceso disciplinario.	Declarar competente al Ministro de Defensa Nacional para tramitar y resolver el impedimento planteado por el Gerente General de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía para conocer, en segunda instancia, el proceso disciplinario radicado con el número 29/14, fue sustanciado y fallado en primera instancia por la Unidad de Control Disciplinario Interno de esa entidad.	Álvaro Namén Vargas
14	201700135	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación (PGN) y el Ministerio de Defensa Nacional con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver el impedimento manifestado por el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para conocer del proceso disciplinario número 015 de 2014.	Declarar competente al Ministerio de Defensa Nacional para resolver el impedimento propuesto por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR, en el marco del proceso disciplinario 15-2014.	Óscar Darío Amaya Navas
15	201700137	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia de Desarrollo Rural y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (Minagricultura), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario 2017-007.	Declarar competente a la Agencia de Desarrollo Rural para adelantar el proceso disciplinario 2017-0007 originado por presuntas actuaciones irregulares del señor Édgar Cipagauta López.	Germán Alberto Bula Escobar
16	201700138	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia de Desarrollo Rural y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario 2017-010.	Declarar competente a la Agencia Nacional de Tierras para conocer del informe con implicaciones disciplinarias radicado 2017-010, elaborado por el extinto Incoder.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
17	201700139	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia de Desarrollo Rural y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario 2017-008.	Declarar competente al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para adelantar el proceso disciplinario 2017-0008 contra varios funcionarios del Incoder, por desatender un derecho de petición.	Germán Alberto Bula Escobar
18	201700143	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia de Desarrollo Rural y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario No. 2017-0003.	Declarar competente a la Agencia de Desarrollo Rural para adelantar el proceso disciplinario con fundamento en los hallazgos No. 126, 127,132, 133 y 135 derivados del informe de la Contraloría General de la República para la vigencia 2014.	Óscar Darío Amaya Navas
19	201700155	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) - Grupo Control Interno Disciplinario Regional Viejo Caldas y la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Regional Quindío, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra de la dragoneante Luisa Fernanda Amaya López.	Declarar competente al Grupo de Control Interno Disciplinario del Inpec, para conocer de la queja disciplinaria presentada en contra de una funcionaria.	Édgar González López
20	201700158	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia de Desarrollo Rural y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario 2017-0009.	Declarar competente a la Agencia de Desarrollo Rural para adelantar el proceso disciplinario 2017-0009 contra la ex funcionaria del Incoder Miriam Ramírez Mejía, por irregularidades en la convocatoria 2015 para proveer un cargo.	Germán Alberto Bula Escobar
21	201700159	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia de Desarrollo Rural y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario No. 32 de 2015.	Declarar competente al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para cerrar la indagación preliminar abierta por la Secretaría General -Grupo de Control Interno Disciplinario del Incoder y radicada con el No. 032 de 2015, y para decidir, en consecuencia, si inicia la investigación disciplinaria o cierra definitivamente la actuación, según lo explicado en la parte considerativa de esta decisión.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
22	201700160	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia de Desarrollo Rural y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario No. 011 de 2014.	Declarar competente al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para conocer del proceso disciplinario No. 011 de 2014, iniciado por el extinto Incoder.	Álvaro Namén Vargas
23	201700174	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE) y el Ministerio de Minas y Energía, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra del señor Javier Leonardo Rojas Garay.	Declarar competente a la Unidad de Control Interno Disciplinario del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE), de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.	Álvaro Namén Vargas

7.4. Conflictos en materia de responsabilidad fiscal

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1	20170038	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría Departamental del Vichada y la Contraloría General de la República (CGR), con el fin de determinar el competente para conocer del proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 del 8 de noviembre de 2016.	Declarar competente a la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Vichada para asumir el conocimiento del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2016-16 iniciado por la Contraloría Departamental del Vichada.	Germán Alberto Bula Escobar
2	201700039	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría Departamental del Vichada y la Contraloría General de la República (CGR), con el fin de determinar el competente para conocer del proceso de indagación preliminar IP - 2016-006.	Declarar competente a la Gerencia del Vichada de la Contraloría General de la República, para continuar con el proceso fiscal No. 2016-16.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
3	201700040	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría Departamental del Vichada y la Contraloría General de la República, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 del 4 de noviembre de 2016.	Declarar que la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Colegiada del Vichada es la autoridad competente para continuar y llevar hasta su culminación el proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 del 4 de noviembre de 2016.	Álvaro Namén Vargas
4	201700151	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría Municipal de Valledupar y la Auditoría General de la República, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso administrativo No. IP-212-147-2016	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Édgar González López
5	201700168	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de Antioquia y la Contraloría General de la República (CGR), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso fiscal de la Cooperativa de Hospitales de Antioquia (COHAN).	Declarar competente a la Contraloría General de la República para efectuar el control fiscal a la Cooperativa COHAN.	Édgar González López

7.5. Conflictos en otras materias

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1	201700004	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Inspección 18A Distrital de Policía de la Localidad Rafael Uribe Uribe y la Fiscalía 175 Seccional - Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual - Fiscalía General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la querrela radicada bajo en No. 10653 del año 2016.	Declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo en la solicitud de conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Inspección 18A Distrital de Policía, Localidad Rafael Uribe Uribe y la Fiscalía 175 Seccional, Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual de la Fiscalía General de la Nación.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
2	201700005	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Mesa Permanente de Concertación Indígena y la Dirección de Asuntos Étnicos del Ministerio del Interior, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para la legalización de cabildos, para el registro de la Comunidad Cabildo Indígena Bochica	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas y la Dirección de Asuntos Étnicos, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.	Édgar González López
3	201700006	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Mesa Permanente de Concertación Indígena y la Dirección de Asuntos Étnicos del Ministerio del Interior con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para la legalización de cabildos, para el registro de la comunidad cabildo indígena Pijao.	Declararse inhibida para resolver el presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas y la Dirección de Asuntos Étnicos, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.	Álvaro Namén Vargas
4	201700011	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Academia Militar José María Córdoba y el Comando de Reclutamiento de la Cuarta Zona de Medellín Comando General Fuerzas Militares - Ejército Nacional, con el fin de determinar el competente para dar respuesta a la petición elevada por el señor Luis Fernando Cataño Mejía	Declarar competente al Colegio Militar José María Córdoba para expedir certificación sobre las órdenes del día que deben indicar las fechas de inicio y terminación en las fases de instrucción militar que adelantó el señor Luis Fernando Cataño Mejía, en dicha institución educativa como modalidad del servicio militar obligatorio, conforme lo acredita la tarjeta de reservista que le fuera expedida por las Fuerzas Militares de Colombia, con base en lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión, y sin perjuicio de la advertencia especial hecha en la misma.	Germán Alberto Bula Escobar
5	201700023	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para ejercer la facultad de vigilancia de la sociedad C.I. Unión de Bananeros de Urabá (Uniban).	Declarar competente a la Superintendencia de Sociedades para adelantar la vigilancia subjetiva sobre la sociedad C.I. Unión de Bananeros de Urabá (Uniban S. A.), en los términos señalados en las consideraciones anteriores.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
6	201700024	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho - Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos y el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, Sala Disciplinaria, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver una queja formulada por el apoderado de la sociedad García e hijos S. A. (hoy S. A. S.).	Declararse inhibida para resolver el presunto Conflicto de competencias administrativas entre El Ministerio de Justicia y del Derecho - Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos y el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, Sala Disciplinaria.	Édgar González López
7	201700025	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del recurso interpuesto por C.I. Coandino Export Ltda.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para resolver el recurso de reconsideración presentado por la empresa C.I. Coandino Export Ltda.	Óscar Darío Amaya Navas
8	201700031	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Departamento del Quindío y la Superintendencia de Economía Solidaria con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Miguel Ángel Cala.	Declarar competente a la Gobernación del Departamento del Quindío, como entidad encargada de realizar la inspección, vigilancia y control de la Asociación Mutual Integral de Servicios Generales, para que inicie la investigación a que haya lugar frente a la queja presentada por el señor Miguel Ángel Cala e imponga si hay lugar las posibles sanciones.	Álvaro Namén Vargas
9	201700032	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre Metroplús y el Ministerio de Transporte, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud presentada por el señor Alberto Boris Rosero Barrera.	Declararse Inhibida para conocer sobre el presunto conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Transporte, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la sociedad Metroplús S. A., en relación con la consulta presentada por el señor Alberto Boris Rosero Barrera.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10	201700036	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y la Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud del señor Mayor Wilson Enrique Tovar Sarmiento.	Declarar competente al Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional para atender la solicitud y adelantar el procedimiento por medio del cual se garantice la protección al derecho a la vida, integridad y la seguridad personal del Mayor Wilson Enrique Tovar Sarmiento y su familia, en su condición de miembro activo de las Fuerzas Militares de Colombia.	Álvaro Namén Vargas
11	201700037	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y el Ministerio del Interior - Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud del señor Ronaldo Saigema.	Declarar competente a la Unidad Nacional de Protección para conocer de la solicitud de estudio de riesgo y la posibilidad de asignar medidas de protección al señor Ronaldo Saigema.	Édgar González López
12	201700041	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar las facultades de vigilancia subjetiva y el cobro de la contribución por la vigilancia a la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A.	Declarar competente a la Superintendencia de Puertos y Transporte para resolver de fondo la queja interpuesta por la sociedad Inatlantic S. A. por la presunta violación del derecho preferencial estatutario en la compraventa de acciones de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. llevada a cabo en el año 2014.	Édgar González López
13	201700049	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Municipio de San Gil (Santander) y la Superintendencia de Sociedades, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Beatriz Helena Neira Blanco.	Declarar que el Municipio de San Gil, por conducto de la dependencia o entidad que haya señalado o señale su concejo municipal, es la autoridad competente para ejercer la función de vigilancia y control sobre las actividades de construcción y enajenación de bienes inmuebles destinados a vivienda que desarrollan en ese municipio la Asociación "Álvaro Uribe" y la Constructora Granco S. A. S.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
14	201700050	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Sociedad de Activos Especiales S. A. S., con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para recaudar la obligación contenida en la Resolución 0246 del 10 de marzo de 2014.	Declarar competente al Ministerio de Justicia y de Derecho para para adelantar el proceso de cobro coactivo por el saldo a favor originado en la liquidación del Convenio de Cooperación y Asistencia Técnica número 001 del 20 de diciembre de 2006 y consignado en el acto de liquidación 246 de 2014.	Édgar González López
15	201700054	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación y la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, con el fin de determinar el competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en el proceso en contra del señor Luis Bernardo Gómez Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Támesis (Antioquia).	Declarar competente al Tribunal Superior de Antioquia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora Flor María Ramírez contra la decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis (Antioquia), mediante la cual se ordenó el archivo de la indagación disciplinaria adelantada contra el señor Luis Bernardo Gómez Cardona.	Álvaro Namén Vargas
16	201700065	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía Municipal de Popayán (Cauca) y los Juzgados Sexto Civil Municipal, Cuarto Civil del Circuito, Segundo Civil Municipal, Municipal de Pequeñas Causas, Quinto Civil Municipal Mixto, Municipal de Pequeñas Causas Laborales y Quinto de Oralidad del Circuito, todos de la Ciudad de Popayán.	Declararse inhibida para resolver de fondo sobre el presunto conflicto negativo de competencias administrativas planteado por el Alcalde del Municipio de Popayán frente a los Juzgados Sexto Civil Municipal, Cuarto Civil del Circuito, Segundo Civil Municipal, Juzgado Municipal de Pequeñas Causas, Juzgado Quinto Civil Municipal Mixto, Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales y Juzgado Quinto Civil de Oralidad del Circuito, ubicados en Popayán, por cuanto se trata de actuaciones de naturaleza jurisdiccional.	Germán Alberto Bula Escobar
17	201700084	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía Municipal de Popayán y los Juzgados de Pequeñas Causas, Competencia Múltiple, Tercero Civil Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Popayán, Sexto Civil Municipal, Primero Civil Municipal, Quinto Civil Municipal, Primero Civil Municipal, Segundo Civil Municipal, Sexto Civil Municipal, Segundo Civil Municipal, todos del Municipio de Popayán (Cauca).	Declararse inhibida para resolver de fondo sobre el presunto conflicto negativo de competencias administrativas planteado por el Alcalde del Municipio de Popayán frente a los Juzgados de Pequeñas Causas, Competencia Múltiple, Pequeñas Causas Laborales y Juzgados Primero, Segundo, Tercero, Quinto y Sexto Civiles Municipales, y Cuarto Civil Municipal Mixto, por cuanto se trata de actuaciones de naturaleza jurisdiccional.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
18	201700101	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para dar trámite a la solicitud elevada la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia (Corantioquia).	Declarar competente al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para responder de fondo la consulta formulada el 25 de noviembre de 2016, por la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, Corantioquia.	Álvaro Namén Vargas
19	201700141	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Superior de Bogotá y el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver una recusación presentada contra la Juez 19 Penal del Circuito para adelantar el trámite administrativo de calificación de servicios.	Declarar competente a la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para resolver la recusación presentada por la Juez 33 Penal Municipal contra la Juez 19 Penal del Circuito para adelantar el trámite administrativo de calificación de servicios.	Édgar González López
20	201700144	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de Sociedades, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud realizada por la Empresa de Alumbrado Público SEPAL S. A.	Declarar competente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para responder la petición contenida de consulta realizada por la empresa de Servicios Públicos SEPAL S. A., de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.	Álvaro Namén Vargas
21	201700146	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), la Policía Nacional y otros, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para trasladar a los reclusos al centro penitenciario pertinente.	Declarar competente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) para trasladar a los presos que se encuentran en las salas de detenidos de la Policía Nacional, del Municipio de Frontino.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
22	201700156	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Empresa de Energía del Bajo Putumayo S. A. E.S.P. y el municipio de Puerto Caicedo en el departamento del Putumayo, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de la señora Martha Dolores Arturo Cantuca.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el municipio de Puerto Caicedo en el departamento del Putumayo y la Empresa de Energía del Bajo Putumayo S. A. E.S.P.	Édgar González López
23	201700164	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para asumir los procesos de cobro coactivo que cursan actualmente de multas por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes.	Declararse inhibida para conocer sobre el conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura.	Óscar Darío Amaya Navas
24	201700165	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del impedimento manifestado por el señor Director de la Caja de Sueldos y Retiro de la Policía Nacional en el caso del señor Germán Alonso Pinzón Contreras	Declarar competente al Ministro de Defensa Nacional para conocer y resolver el impedimento manifestado por el Director General de Casur.	Édgar González López
25	201700185	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el Ministerio de Transporte, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar el proyecto de Asociación Público Privada (APP).	Declarar competente a la Agencia Nacional de Infraestructura para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto.	Édgar González López



Segunda Parte

**Selección de Conflictos
de Competencias
Administrativas
resueltos en el año 2017**

1. Superintendencia de Sociedades y Superintendencia de Puertos y Transporte.

Asunto: Determinación de la competencia administrativa para adelantar la vigilancia subjetiva sobre la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A.

Radicado 2017-00041

Fecha: 11/07/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

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

I. Antecedentes

1. El 4 de febrero de 2015, la sociedad Inatlantic S. A., en calidad de accionista de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A., radicó ante la Superintendencia de Puertos y Transporte una queja en la que solicitó la verificación del cumplimiento del derecho estatutario de preferencia de los accionistas de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. y el inicio de la investigación administrativa correspondiente por las presuntas irregularidades en torno a la venta de las acciones de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A.
2. Mediante oficios No. 20156200158081 y No 20156200173091 del 25 de febrero y 3 de marzo de 2015 respectivamente, la Superintendente Delegada de Puertos, doctora Mercy Carina Martínez Bocanegra, declaró la falta de competencia en sede de control subjetivo para conocer el asunto planteado por las siguientes razones:

“1. El asunto planteado comprende un acto de enajenación de acciones, que de ser normativas, pueden venderse libremente conforme lo podrá observar en el artículo 406 del Código de Comercio, salvo lo dispuesto en el artículo 403 de la misma codificación.

2. Únicamente es posible la aplicación del derecho de preferencia cuando está debidamente pactado en los estatutos, asunto que se patentiza en el caso bajo examen.

3. Así las cosas, se expone un conflicto societario con ocasión a la enajenación de acciones que está limitado por el derecho de preferencia.

4. Bajo la égida de las funciones de inspección, vigilancia y control (supervisión subjetiva) previstas en los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, tal conflicto no puede ser abordado por la Superintendencia de Puertos y Transporte “Supertransporte”, pese a tener supervisión integral, habida cuenta que

con la expedición del Decreto Ley 019 del 10 de enero de 2012, la medida administrativa prevista en el numeral 3 del artículo 87 de la Ley 222 de 1995, fue derogada por el artículo 152 del mencionado decreto ley, de manera que esa controversia, si lo desea, debe ponerla en conocimiento de los jueces ordinarios o de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con el literal “b” del artículo 24 del Código General del Proceso en tanto tal competencia es a prevención conforme al párrafo 1° del mismo Código.

5. Al tratarse de una competencia jurisdiccional, debe formular una verdadera demanda que cumpla los requisitos del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, por ser la norma que aún este vigente, se recuerda que el Código General del Proceso tiene vigencia progresiva y algunas normas tienen diferentes tiempos de vigencias. Actualmente las normas vigentes indican lo antes planteado”.

3. El 26 de marzo de 2015, la sociedad Inatlantic S. A., en calidad de accionista de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A., radicó ante la Superintendencia de Sociedades una queja en la que solicitó la verificación del cumplimiento del derecho estatutario de preferencia de los accionistas de esta última y el inicio de la investigación administrativa correspondiente.
4. Mediante oficio del 28 de abril de 2015, el Intendente Regional de la Superintendencia de Sociedades en Cali dio respuesta a la sociedad Inatlantic S. A. y le informó que una vez analizado y estudiado el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. se constató que el objeto social de dicha sociedad consistía en la operación y administración de un terminal multipropósito, así como el desarrollo de operaciones portuarias entre otras, razón por la cual, las funciones de inspección y vigilancia sobre esa clase de sociedades, las ejercía la Superintendencia de Puertos y Transporte, en atención a lo establecido en el Decreto 101 de 2000. Por ello, mediante oficio de la misma fecha corrió traslado de la queja a la Superintendencia de Puertos y Transporte para lo de su competencia.
5. Mediante oficio del 27 de noviembre de 2015, la Superintendente Delegada de Puertos requirió a la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A., con el fin de que allegara documentos necesarios para el trámite administrativo solicitado, entre otros, los estatutos de la sociedad, su composición accionaria, su Código de Buen Gobierno y un informe detallado sobre la negociación de acciones objeto de la queja.
6. A través de oficio del 30 de enero de 2017, el Superintendente Delegado de Puertos, doctor Rodrigo José Gómez Ocampo, dio traslado a la Superintendencia de Sociedades de la queja presentada por la sociedad Inatlantic S. A., en su calidad de accionante de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. por la presunta violación del derecho preferencial estatutario en la compraventa de acciones de esta última, al juzgar que carecía de competencia para ello de conformidad con lo establecido en

el artículo 41 del Decreto 101 de 2000¹, modificado por el artículo 3 del Decreto 2741 de 2001².

De igual forma, basó su decisión en la providencia del 14 de febrero de 2013 de la Sección Primera del Consejo de Estado la cual, con ocasión del estudio de la acción de nulidad interpuesta en contra del artículo 42 del Decreto 101 de 2000 por violación al artículo 13 Constitucional, determinó que el mismo no contrariaba el principio de igualdad constitucional porque *“la norma demandada no entrañaba para la Superintendencia de Transportes una asignación expresa de aquellas funciones designadas en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, que permita asumir la existencia de un eventual trato desigual frente a las sociedades cuya vigilancia corresponde a esta última. En concordancia con lo anterior, es lógico suponer que la Superintendencia de Sociedades ejerce respecto de los sujetos de que trata la norma demandada, las funciones de inspección, vigilancia y control no atribuidas expresamente a la Superintendencia de Transporte, según se deriva del artículo 228 de la Ley 222 de 1995 así: (...)”*

7. El 21 de febrero de 2017, el señor Superintendente de Sociedades, doctor Francisco Reyes Villamizar, planteó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el conflicto negativo de competencias administrativas para adelantar la investigación solicitada por la sociedad Inatlantic S. A. por el presunto desconocimiento del derecho preferencial estatutario en la compraventa de acciones de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A., al considerar que la entidad que representa no tiene competencia para ello, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, los artículos 41 y 44 del Decreto 101 de 2000, el artículo 12 de la Ley 1242 de 2008 y la Sentencia C-746 de 2001 de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado.

En efecto, para el señor Superintendente de Sociedades el artículo 84 de la Ley 222 de 1995 consagra la cláusula general de vigilancia de la Superintendencia de Sociedades la cual consiste en velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, se ajusten a la ley y a los estatutos en su formación, funcionamiento y desarrollo de su objeto social.

Por otra parte, señaló que el artículo 41 del Decreto 101 de 2000, el cual delega la función de inspección, vigilancia y control en la Superintendencia de Puertos y Transporte de algunas sociedades, tiene en cuenta principalmente el aspecto objetivo de dichas sociedades, es decir el ejercicio de la actividad de la sociedad como puerto, operador portuario o transportador. Sin embargo, añade, *“el numeral quinto del artículo 44 de la misma norma dispuso que lo anterior comprendía igualmente la evaluación de la “gestión financiera, técnica y administrativa y la calidad del servicio de las empresas de servicio de transporte y de construcción, rehabilitación, administración, operación, explotación y/o mantenimiento de infraestructura de transporte (...)” lo que, según el criterio definido*

1 Decreto 101 de 2000, *“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones”*.

2 Decreto 2741 de 2001, *“Por el cual se modifican los Decretos 101 y 1016 de 2000”*.

por la Sala Plena del H. Consejo de Estado desde el año 2001, implica la vigilancia integral (tanto de los aspectos objetivos como subjetivos) de tales sociedades.”

Así mismo, manifestó que lo dicho está acorde con lo prescrito en el artículo 12 de la Ley 1242 de 2008 *“Por la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales y se dictan otra disposiciones”* según el cual la inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio público de transporte fluvial delegada a la Superintendencia de Puertos y Transporte, se refiere a los aspectos objetivos y subjetivos de las empresas prestadoras de los servicios de transporte fluvial y de la actividad portuaria.

Por último, añadió que la Superintendencia de Sociedades ha venido dando aplicación a la Sentencia C-746 de 2001 de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado la cual, además de haber hecho tránsito a cosa juzgada, resolvió un conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte al que hubo lugar en torno a la facultad de supervisión relacionada con la aprobación del cálculo actuarial de bonos pensionales de la sociedad Metro Medellín Ltda., cuyo objeto social lo constituye la prestación del servicio público de transporte, determinando que, *“[D]espués de una interpretación sistemática y armónica de las normas citadas en los párrafos que anteceden, se advierte en este caso que la Superintendencia de Puertos y Transporte, que tiene atribuciones de inspección vigilancia y control sobre las sociedades con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte, tiene tales atribuciones en relación con la empresa Metro de Medellín Ltda., de manera general e integral, es decir, tanto en el ámbito objetivo que se relaciona con la prestación del servicio público, como con el subjetivo, relacionado con aspectos societarios o exclusivamente relacionados con la persona encargada de prestar el servicio.”*

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Consta también que la Secretaría de la Sala informó del presente asunto a la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia de Puertos y Transporte, la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A., la sociedad Inatlantic S. A. y al Ministerio de Transporte.

Así mismo, a solicitud de los señores Superintendentes de Sociedades, doctor Francisco Reyes Villamizar, y de Puertos y Transporte, doctor Javier Antonio Jaramillo Ramírez, el Presidente de la Sala, mediante auto del 21 de abril de 2017, citó a una audiencia pública con el fin de esclarecer los supuestos fácticos que dieron origen al conflicto negativo de competencias, la cual se llevó a cabo el 27 de abril del año en curso en la ciudad de

Bogotá, con presencia de los doctores Francisco Reyes Villamizar, Superintendente de Sociedades; Javier Antonio Jaramillo Ramírez, Superintendente de Puertos y Transporte; Andrés Parías Garzón, Superintendente Delegado de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades; Juan Pablo Restrepo Castrillón, Jefe Jurídico de la Superintendencia de Puertos y Transporte; Gustavo Valbuena Quiñonez, Asesor del Despacho del Superintendente de Puertos y Transporte; Nicolás Roza Villarraga, Asesor del Despacho del Superintendente de Puertos y Transporte; y la doctora Mónica Tovar Plazas, asesora del Despacho del Superintendente de Sociedades. El acta de la citada audiencia se anexó al expediente en un (1) DVD

III. Argumentos de las partes e intervinientes

1. Argumentos de Inatlantic S. A.

Mediante escrito presentado el 14 de marzo de 2017, la Representante Legal de la sociedad Inatlantic S. A., doctora Jaidiver Rios Rodríguez, manifestó el interés en la resolución del conflicto de competencias planteado por la Superintendencia de Sociedades, como tercero accionista de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. al que, aparentemente, le fue vulnerado su derecho preferencial estatutario. Adicionalmente, sentó su posición frente a los alegatos planteados por el Superintendente de Sociedades señalando que, no concurre con las afirmaciones hechas por aquel en el sentido de que la sentencia C-746 de 2001 de la Sala Plena del Consejo de Estado hizo tránsito a cosa juzgada pues, a su juicio, en dicha oportunidad al haberse resuelto un conflicto de competencias administrativas la providencia emanada de esta Corporación no fue, en estricto sentido, una sentencia sino una resolución que no genera efectos de cosa juzgada administrativa (fls. 60 a 83).

2. Alegatos de la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades, por intermedio del señor Superintendente, doctor Francisco Reyes Villamizar, reafirmó su falta de competencia para conocer la investigación administrativa por la presunta violación del derecho preferencial estatutario a la sociedad Inatlantic S. A. por parte de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. con ocasión de la compraventa de acciones realizada en el año 2014, bajo las mismas consideraciones expuestas en el escrito a través del cual planteó el presente conflicto de competencias.

Con todo, adicionó sus argumentos manifestando que:

*“En el análisis de las normas por medio de las cuales se asignan competencias de inspección vigilancia y control a las distintas Superintendencias, debe tenerse en cuenta que el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 estableció la denominada cláusula de competencia residual, en la cual se excluye la competencia de la Superintendencia de Sociedades al disponer que **las facultades asignadas a esta en materia de vigilancia y control deben ser ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad en razón de la actividad que desarrolla**, si dichas facultades le están expresamente asignadas. Solo en caso contrario, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores.*

Debido a la ausencia de una aproximación general en nuestra legislación a la inspección, vigilancia y control estatal, a través de la doctrina del H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional se ha definido las teorías de la vigilancia objetiva y de la vigilancia subjetiva, aclarándose siempre que el Gobierno nacional no puede auto-atribuirse funciones de inspección, control y vigilancia, pues, en cualquier caso es necesario que el legislador les haya asignado previamente y establecido los parámetros y límites para su ejercicio (Sentencias C-692 de 2007, C-782 de 2007, C-570 de 2012, C-851 de 2013) (...)

*Con ocasión de tal problemática en un caso particular, la Sala Plena del H. Consejo de Estado desarrolló el concepto de **supervisión integral** en la providencia C-746 de 25 de septiembre de 2001 (...)*

*En ese caso, y en el contexto de una sociedad con objeto social único, dedicada exclusivamente a la prestación del servicio público de transporte, el Consejo de Estado determinó que le corresponde a la Superintendencia de Puertos y Transporte ejercer la supervisión integral sobre dicha compañía, **la cual comprende la vigilancia objetiva sobre la actividad de puertos y transporte y la vigilancia subjetiva sobre la persona jurídica en sus aspectos societarios, económicos, jurídicos, contables y administrativos, entre los cuales se encontraba la aprobación del cálculo actuarial.** (...)*

Este criterio ha sido acogido y aplicado por la Superintendencia de Sociedades para determinar el alcance de su competencia en casos concretos. A su turno, la Supertransporte desde entonces asumió igualmente que tiene competencia para ejercer la supervisión integral (objetiva y subjetiva) de cualquier compañía cuyo objeto social consista en la prestación de servicios de transporte o en desarrollo de actividades portuarias. Con fundamento en tal providencia, la Resolución 23601 de junio de 2016 expedida por la Supertransporte, estableció en sus considerandos:

*“Que en virtud de los fallos de definición de competencias administrativas, proferidos por la Sala Plena del Consejo de Estado, de una parte, entre la Superintendencia de Puertos y Transporte y la Superintendencia de Sociedades (C-746 de fecha 25 de septiembre de 2001), y la otra, con la Superintendencia de Economía Solidaria (11001-03-15-000-2001-0213-01 del 5 de marzo de 2002) **se precisa la competencia de carácter integral de la Superintendencia de Puertos y Transporte en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, que comprende los aspectos objetivos y subjetivos sobre las personas naturales y jurídicas que prestan el servicio público de transporte y sus actividades conexas**” (Destaca la Sala).*

Lo anterior, consta igualmente en la Circular Externa 00000030 del 24 de julio de 2013, dirigida por la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Puertos y Transporte a los Representantes Legales, Revisores Fiscales, miembros de Juntas Directivas y Consejos Directivos, cuando se pronuncia sobre el alcance de la Facultad de Control, en la que se ratifica categóricamente, que corresponden a esta Superintendencia el ejercicio de las facultades descritas en el artículo 85 de la Ley 222 de 1995, modificado por la Ley 1429 de 2010, aplicable por mandato de la Sentencia C-746 de 2001 del H. Consejo de Estado”.

3. Argumentos de la Superintendencia de Puertos y Transporte

La Superintendencia de Puertos y Transporte, a través del señor Superintendente, doctor Javier Antonio Jaramillo Ramírez, reiteró su falta de competencia para darle trámite a la queja presentada por la sociedad Inatlantic S. A. por el presunto desconocimiento del derecho preferencial estatutario en la compraventa de acciones de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A., toda vez que:

“De las normas transcritas es necesario tener en cuenta que las funciones, consagradas en la Ley 1ª de 1991 aun hoy vigente, los Decretos 101 y 1016 de 2000, modificados por el Decreto 2741 de 2001, se centran en la inspección, control y vigilancia del cumplimiento de las normas que rigen la actividad portuaria, aérea, férrea, terrestre automotor, marítima y fluvial con la finalidad de garantizar la permanente, eficiente y segura prestación de estos servicios.

Así mismo, según lo dispone el artículo 41 del Decreto 101 de 2000, modificado por el artículo 3º del Decreto 2741 de 2001, las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia se ejercen de conformidad con la ley y la delegación establecida en dicho decreto, en el cual no se otorgó la competencia para intervenir en la vigilancia de la gestión corporativa de sociedades portuarias marítimas”.

Y adicionalmente, en relación con la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, sostuvo:

*“Es necesario destacar el hecho que para las sociedades portuarias marítimas la normatividad colombiana no precisa, ni otorga explícitamente a la Supertransporte la facultad de ejercer la vigilancia de carácter subjetivo. Adicionalmente, los pronunciamientos que el Honorable Consejo de Estado ha emitido sobre este asunto, no ha sido uniforme y de acuerdo a lo señalado por esta corporación en el año 2013, la Superintendencia solo ejerce la vigilancia de carácter subjetivo, **si dichas facultades le están expresamente asignadas por la ley**” (negrillas fuera del texto original).*

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Como se evidencia en el análisis de los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional y es de aquellos que corresponden al conocimiento y decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 112-10.

Se concluye, por lo tanto, que bajo estos supuestos iniciales, la Sala es competente para conocer del conflicto.

b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*³.

³ La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. //2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse*

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

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

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

2. Aclaración previa

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

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

3. Problema jurídico

En el presente conflicto de competencia, la Sala debe, en principio, determinar cuál es la autoridad administrativa competente para conocer y dar trámite a la investigación administrativa a que haya lugar con ocasión de la queja interpuesta por la sociedad Inatlantic S. A. por la aparente violación del derecho de preferencia estatutario en la compraventa de acciones realizada por la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. En suma, la Sala debe determinar, cuál es la Superintendencia competente entre la de Sociedades y la de Puertos y Transporte, para ejercer la facultad de vigilancia de carácter subjetivo de las entidades prestadoras de servicios portuarios.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, en un inicio, la Superintendencia de Puertos y Transporte rechazó el estudio del asunto *sub examine* alegando su falta de competencia administrativa con base en las competencias delegadas a ella, en virtud del artículo 189 Constitucional y que fueran establecidas en los Decretos 101 y 1016 de 2000, modificados por el Decreto 2741 de 2001. Según criterio de la Superintendencia de Puertos y Transporte en ellos no le fue atribuida expresamente la facultad de iniciar y promover juicios administrativos sancionatorios de carácter subjetivo, esto es, por violaciones al régimen corporativo de las sociedades que ella vigila.

Adicionalmente, sustentó su decisión en la providencia del 14 de febrero de 2013 de la Sección Primera del Consejo de Estado en la que, con ocasión del estudio de una demanda de nulidad instaurada en contra del artículo 42 del Decreto 101 de 2000 por su aparente violación al artículo 13 de la Constitución Política de 1991 y, específicamente, por desconocer el principio de igualdad, la Sección Primera resolvió denegar las pretensiones de la demanda por encontrar la norma ajustada a la Constitución pero, estableció que conforme al artículo 228 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Puertos y Transporte podía ejercer las facultades que expresamente le fueran asignadas en la ley por lo que, en caso contrario, sería la Superintendencia de Sociedades en virtud de una competencia residual, la competente para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control no atribuidas expresamente a la Superintendencia de Puertos y Transporte. En ese sentido, sostuvo que comoquiera que en los Decretos 101 y 1016 de 2000, modificados por el Decreto 2741 de 2001, no se atribuía la facultad de control subjetivo a la Superintendencia de Puertos y Transporte sino, únicamente, de control objetivo, aquel debía ser adelantado por la Superintendencia de Sociedades.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades negó igualmente la competencia para adelantar la investigación administrativa por violación al derecho estatutario fundamentando su decisión, en diferentes razones, a saber:

1. El artículo 84 de la Ley 222 de 1995 consagra la cláusula general de vigilancia de la Superintendencia de Sociedades consistente en la atribución para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y en su funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a los parámetros establecidos en la ley.

2. El artículo 228 de la Ley 222 de 1995 establece la denominada cláusula de competencia residual, la cual excluye la competencia de la Superintendencia de Sociedades para ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control cuando quiera que las facultades atribuidas a esta en dicha materia deban ser ejercidas por la Superintendencia que ejerza, a su vez, la vigilancia sobre la respectiva sociedad en razón de la actividad que desarrolla.
3. Por una parte, el artículo 41 del Decreto 101 de 2000 enuncia el objeto de la delegación de la inspección, vigilancia y control otorgado a la Superintendencia de Puertos y Transporte y por otra, el artículo 44 de la misma norma dispuso que lo anterior comprendía, igualmente, la evaluación de la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicio de transporte y de construcción, rehabilitación, administración, operación, explotación y/o mantenimiento de infraestructura de transporte.
4. El artículo 12 de la Ley 1242 de 2008, *“Por medio de la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales y se dictan otras disposiciones”* señaló que la función de inspección, vigilancia y control del servicio público de transporte fluvial delegada a la Superintendencia de Puertos y Transporte, comprende los aspectos objetivos y subjetivos de las empresas prestadoras de los servicios de transporte fluvial y de la actividad portuaria.
5. La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001, con ocasión de la resolución de un conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte, al que hubo lugar en torno a la facultad de supervisión relacionada con la aprobación del cálculo actuarial de bonos pensionales de la sociedad Metro Medellín Ltda., cuyo objeto social lo constituye la prestación del servicio público de transporte, determinó que la competencia atribuida a la Superintendencia de Puertos y Transporte era *integral* por lo que comprendía tanto los aspectos objetivos y subjetivos de las sociedades por ella vigiladas, en virtud del artículo 228 de la Ley 222 de 1995, cuya interpretación sistemática y armónica permitía inferir que el legislador quiso evitar fraccionamientos o duplicidad en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control en diferentes entidades del Estado.
6. En virtud de ello, la Superintendencia de Puertos y Transporte emitió la Resolución 23601 de junio de 2016 y la Circular Externa 00000030 del 24 de julio de 2013, en las cuales ratificó lo señalado por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia C-746 de 2001 y dispuso que dicha entidad ejercía una competencia de carácter integral, esto es, que comprendía las funciones de inspección, vigilancia y control tanto de aspectos objetivos como subjetivos de las sociedades por ella vigiladas.

En específico, la Sala debe entrar a determinar cuál de las dos superintendencias debe ejercer el control subjetivo sobre la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. y de suyo, adelantar la investigación administrativa sancionatoria por la presunta violación del derecho preferencial estatutario de la sociedad Inatlantic S. A., para

lo cual considera pertinente adentrarse en el estudio de: (i) Las funciones de inspección, vigilancia y control de las Superintendencias; (ii) las funciones atribuidas a la Superintendencia de Puertos y Transporte; (iii) las funciones atribuidas a la Superintendencia de Sociedades y en especial, aquella denominada competencia residual; (iv) la Sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001 emanada de la Sala Plena de esta Corporación y la Sentencia del 14 de febrero de 2013 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado y por último, (v) estudiar el caso concreto.

4. Análisis del conflicto planteado

a. Las funciones de inspección, vigilancia y control de las Superintendencias

Antes de abordar el estudio sobre las funciones atribuidas a cada una de las Superintendencias inmersas en el presente conflicto de competencias administrativas, estima la Sala necesario examinar la función de las Superintendencias dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Las Superintendencias como órganos administrativos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, con personería jurídica, adscritas a algún ministerio, fueron introducidas dentro de la estructura administrativa del Estado colombiano para ejercer, específicamente, funciones de inspección, vigilancia y control en virtud de un acto de delegación legal expresa, sobre entidades que prestan un servicio público o empresas que distribuyan o produzcan un determinado producto o servicio.

Ciertamente, la Constitución Política de 1991, en su artículo 189 le asignó al presidente de la República las funciones de: (i) *[E]jercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos* (num. 22); (ii) *[E]jercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles* (num. 24); y (iii) *[E]jercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores* (num 26). Por causa de ello, el artículo 13 de la Ley 489 de 1998 facultó al Presidente de la República para delegar⁴ en las Superintendencias las funciones de inspección, vigilancia y control al disponer que: *“[S]in perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes,*

⁴ En cuanto al fenómeno de la *delegación administrativa*, la H. Corte Constitucional en Sentencia C- 561 de 2009, señaló: *“Para los efectos de la presente sentencia, es importante resaltar, que la desconcentración de funciones se realiza (hace y deshace) mediante la ley, en tanto, que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución. Bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras, es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales. Ha de observarse, con todo, que dados los elementos propios de estos mecanismos para la realización de la función administrativa, la ley regula de manera específica los efectos que asigna a cada uno de ellos, en relación con el régimen propio de los actos objeto de delegación y desconcentración en la vía gubernativa.”* Y, en relación con la delegación a las Superintendencias añadió: *“El artículo 66 de la Ley 489 de 1988, no vulnera la Constitución Política, en sus artículos 4 y 150-7, al disponer la existencia de superintendencias sin personería jurídica, porque como se vio, el Constituyente le confirió autonomía al órgano legislativo, para*

gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política.” y, el artículo 66 dispuso que: “[L]as superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal.”

Por lo tanto, dentro del ordenamiento jurídico colombiano y en virtud de un acto de delegación presidencial, las Superintendencias cumplen funciones de inspección, vigilancia y control que pueden ser ejercidas en forma integral o en la medida en que el legislador lo determine, razón por la cual, este les ha otorgado instrumentos jurídicos y atribuciones legales para el mantenimiento del orden jurídico, contable, técnico, económico del sector que vigila y de todos aquellos aspectos administrativos relacionados con la formación y funcionamiento de la entidad.

Sobre este punto concreto, la Sección Primera de esta Corporación, en providencia del 4 de febrero de 2010⁵, reiteró lo señalado en el fallo C-746 del 25 de septiembre de 2001 de la Sala Plena del Consejo de Estado en el que señaló:

“En nuestro ordenamiento jurídico, las superintendencias ejercen funciones asignadas, en principio, al Presidente de la República, como son, entre otras, las relacionadas con la inspección, vigilancia y control sobre entidades que se encargan de la prestación de los servicios públicos (artículo 189 - numeral 22 - de la Constitución Política). Tales funciones, son desarrolladas por la respectiva superintendencia conforme a lo dispuesto en la ley, eso sí, bajo la orientación del primer mandatario a quien le corresponde por disposición constitucional ejercerlas.

Así, la ley 489 de 1998, en su artículo 13, permitió la delegación del ejercicio de funciones presidenciales consagradas en el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política, entre otros, a los superintendentes.

Dentro del ejercicio de las funciones presidenciales delegadas y de las otorgadas en virtud de la ley, las superintendencias en Colombia pueden, de manera integral, o en la medida que el legislador determine, examinar y comprobar la transparencia en el manejo de las distintas operaciones y actividades que desarrollan, en cumplimiento de su objeto social, las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control. Por esta razón, la ley las ha dotado de instrumentos y de las atribuciones necesarias para el mantenimiento no solo del orden jurídico, técnico, contable y económico de la entidad vigilada sino también de aquellos aspectos administrativos o que tengan que ver con la formación y funcionamiento de tal entidad, inherentes ellos al servicio público que presta y que en una u otra forma lleguen a afectarlo, pudiendo requerir, verificar, examinar información, practicar visitas, tomar

determinar la estructura de estas entidades, y en ese orden de ideas, las superintendencias pueden estar dotadas o no de personería jurídica. Precisamente, la sentencia No. 8 del 14 de febrero de 1985 de la Corte Suprema de Justicia, citada por el demandante, al referirse a la estructura y organización de la Superintendencia de Notariado y Registro, manifestó: “...Modalidades como las de estar adscritas o vinculadas a un Ministerio y las de estar dotadas de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente pueden ser reguladas por el legislador según la voluntad de este”, punto este que aparece ahora, con toda claridad, en la Constitución vigente.

las medidas a que haya lugar para enmendar irregularidades y ordenar los correctivos necesarios para subsanar situaciones críticas que se observen tanto en la prestación del servicio como en el funcionamiento, constitución y características de la persona que lo presta.

Así, conforme al artículo 66 de la ley 489 de 1998 “Las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal.”

Ahora bien, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, la función de inspección hace relación con “*la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control*”; la de control, con la “*posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones*”; y la de vigilancia, con el “*seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada*”. Así, en criterio de la H. Corte Constitucional, las funciones de *inspección* y *vigilancia* pueden calificarse como mecanismos leves o intermedios orientados a detectar irregularidades en la prestación de un servicio, en tanto que la de *control* implica la potestad de adoptar correctivos, esto es, de incidir directamente en las decisiones de la entidad sujeta a control⁶.

En conclusión, las Superintendencias son organismos que hacen parte de la estructura administrativa del Estado, pertenecientes al poder ejecutivo, sin o con personería jurídica, adscritas a algún ministerio, que cumplen funciones de inspección, vigilancia y control de entidades que presten algún servicio público o empresas que distribuyan o produzcan un determinado producto o servicio sin perjuicio, de las funciones jurisdiccionales que algunas de ellas desempeñan. No sobra advertir que, sobre los servicios que ellas prestan, la ley las faculta para cobrar unas tarifas o tasas que ellas mismas determinan, a través de un acto administrativo al inicio de cada año.

b. Las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas a la Superintendencia de Puertos y Transporte

La Superintendencia de Puertos y Transporte, inicialmente denominada como Superintendencia General de Puertos, nació como entidad pública adscrita al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, mediante la expedición de la Ley 1 de 1991 la cual en su artículo 25, facultó al Presidente de la República para que en ejercicio de facultades extraordinarias, dispusiera su organización, estructura y funciones. Así mismo, en el artículo 26 consagró la cláusula general de competencia de dicha entidad y dispuso que la misma ejercería sus facultades “*respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones.*”

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-570 de 2012. Véase también, Corte Constitucional, sentencia C-496 de 1998.

Actualmente, la Superintendencia de Puertos y Transporte se encuentra organizada por los Decretos 101 y 1016 de 2000, modificados por el Decreto 2741 de 2001, el cual consagra las competencias delegadas a ella por el Presidente de la República, en virtud del artículo 189 de la Constitución Política de 1991. De esta manera, el Decreto 2741 de 2001 en su artículo 3° estableció como objeto de la delegación lo siguiente:

Artículo 3°. *Modifícase el artículo 41 del Decreto 101 de 2000, adicionado por el artículo 1° del Decreto 1402 de 2000, el cual quedará así:*

“Artículo 41. Objeto de la delegación. La Supertransporte ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control que le corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa en materia de tránsito, transporte y su infraestructura de conformidad con la ley y la delegación establecida en este decreto.

El objeto de la delegación en la Supertransporte es:

1. *Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación y el cumplimiento de las normas que rigen el sistema de tránsito y transporte.*

2. *Inspeccionar, vigilar y controlar la permanente, eficiente y segura prestación del servicio de transporte, con excepción del servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros, del servicio público de transporte, terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxis en todo el territorio nacional y de la prestación del servicio escolar en vehículos particulares cuya vigilancia continuará a cargo de las autoridades territoriales correspondientes.*

3. *Inspeccionar y vigilar los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte.*

4. *Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación de las normas para el desarrollo de la gestión de infraestructura propia del sector transporte.*

Parágrafo 1°. *La Supertransporte tendrá competencia respecto de los hechos sobre los cuales tenga conocimiento de oficio o a través de terceros a partir del momento en que se haga efectiva la delegación, aunque aquellos hayan sucedido con anterioridad al plazo previsto en el parágrafo del artículo 43 de este decreto para hacer efectiva la delegación.*

El Ministerio de Transporte, será la entidad competente para iniciar, continuar y finalizar las investigaciones y procedimientos e imponer las sanciones respectivas, sobre los hechos que antes del momento de hacerse efectiva la delegación a la Supertransporte, conoció de oficio o a través de terceros. Estas actuaciones están a cargo de las dependencias que venían adelantándolas, en cuanto subsistan en la nueva estructura, y de las direcciones territoriales respecto de las anteriores direcciones regionales.

Parágrafo 2°. *El Ministerio de Transporte mantendrá esta competencia máximo durante cinco (5) años, contados a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1402 de 2000. Al*

vencimiento del plazo el Ministerio debe haber finalizado y resuelto en forma definitiva todas las investigaciones y procedimientos a su cargo.”

Por su parte, el artículo 4° de dicha normatividad, modificó el artículo 42 del Decreto 101 de 2000, en relación con los *sujetos* sometidos a inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, como consecuencia de la delegación prevista en los artículos 40⁷ y 41 del Decreto 101 de 2000, y estableció que los mismos serían:

“Artículo 4°. *Modifícase el artículo 42 del Decreto 101 de 2000, el cual quedará así:*

“Artículo 42. Sujetos de la inspección, vigilancia y control delegados. Estarán sometidas a inspección, vigilancia y control de la Supertransporte, exclusivamente para el ejercicio de la delegación prevista en los artículos 40, 41 y 44 de este decreto o en las normas que lo modifiquen, las siguientes personas naturales o jurídicas:

1. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte.

2. Las entidades del Sistema Nacional de Transporte, establecidas en la ley 105 de 1993, excepto el Ministerio de Transporte, en lo relativo al ejercicio de las funciones que en materia de transporte legalmente les corresponden.

3. Los concesionarios, en los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte en lo relativo al desarrollo, ejecución y cumplimiento del contrato, sobre los cuales se ejercerá inspección y vigilancia.

4. Los operadores portuarios.

5. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten servicios de instrucción y capacitación del servicio público de transporte.

6. Las demás que determinen las normas legales.” (negrillas de la Sala)

Asimismo, el artículo 6° del Decreto 2741 de 2001, modificó el artículo 4° del Decreto 1016 de 2000, en lo relacionado con las *funciones* de la Superintendencia de Puertos y Transporte, estableciendo entre otras, las siguientes:

“Artículo 4°. *Modificado por el Decreto 2741 de 2001, artículo 6°. Funciones. La Superintendencia de Puertos y Transporte, en consonancia con la Ley 01 de 1991 y de*

⁷ Dispone el artículo 40 del Decreto 101 de 2000: *Delegar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 489 de 1998 las funciones de inspección, control y vigilancia del servicio público de transporte que le atribuye el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República en la actual Superintendencia General de Puertos.*

Parágrafo. *La Superintendencia General de Puertos modificará su denominación por la de Superintendencia de Puertos y Transporte, Supertransporte, mientras se mantenga la delegación*

conformidad con los artículos 41 y 44 del Decreto 101 de 2000 ejercerá las siguientes funciones:

1. *Velar por el desarrollo de los principios de libre acceso, calidad y seguridad, en la prestación del servicio de transporte y de la infraestructura de transporte.*
2. *Inspeccionar, vigilar y controlar el cumplimiento de las normas internacionales, leyes, decretos, regulaciones, reglamentos y actos administrativos que regulen los modos de transporte.*
3. *Sancionar y aplicar las sanciones correspondientes por violación a las normas nacionales, internacionales, leyes, decretos, regulaciones, reglamentos y actos administrativos que regulen los modos de transporte, en lo referente a la adecuada prestación del servicio y preservación de la infraestructura de transporte de conformidad con las normas sobre la materia.*
4. *Inspeccionar, vigilar y controlar el cumplimiento de las normas nacionales de tránsito, y sancionar y aplicar las sanciones correspondientes salvo en materia de tránsito terrestre automotor, aéreo y marítimo.*
5. *Inspeccionar y vigilar los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, administración, operación, explotación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte, de conformidad con las especificaciones mínimas, normas, marcos técnicos, operativos y financieros, indicadores de evaluación y lineamientos contractuales mínimos que en la materia defina la Comisión de Regulación del Transporte, CRTR, sin perjuicio de las funciones de interventoría de obra o renegociación de contratos propias de las entidades ejecutoras.*
6. ***Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa*** y la calidad del servicio de las empresas de servicio de transporte y concesionarios en general para efectos de los contratos respectivos, de acuerdo con los indicadores y parámetros definidos por la Comisión de Regulación del Transporte y publicar sus evaluaciones.
7. *Proporcionar en forma oportuna de conformidad con las normas sobre la materia, la información disponible que le sea solicitada.*
8. *Acordar con las empresas a que se refiere el numeral 6 del presente artículo, en los casos que el Superintendente estime necesario, programas de gestión dirigidos a procurar su ajuste a los indicadores definidos por la Comisión de Regulación del Transporte.*
9. *Absolver en el ámbito de su competencia las consultas que sean sometidas a su consideración por la Comisión de Regulación del Transporte, el Ministerio de Transporte, las demás entidades del sector y los particulares.*

10. *Vigilar el cumplimiento de las normas sobre el parque automotor y de los fondos creados para el efecto y aplicar las sanciones que se reglamenten en desarrollo de esta función.” (Negrillas de la Sala)*

Ahora bien, dentro de la estructura orgánica interna de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la dependencia encargada de ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control, en relación con la prestación del servicio y gestión de la infraestructura portuaria, marítima y fluvial, de conformidad con el artículo 8° del Decreto 2741 de 2001, es la Delegatura de Puertos, a cuyo cargo están, entre otras, las siguientes:

“Artículo 8°. *Modifícase el artículo 12 del Decreto 1016 de 2000, el cual quedará así:*

“Artículo 12. Superintendencia Delegada de Puertos. Son funciones de la Superintendencia Delegada de Puertos las siguientes:

1. *Asesorar al Superintendente de Puertos y Transporte en la fijación de las políticas, estrategias, planes y programas en relación con la gestión de inspección, control y vigilancia de los modos de transporte marítimo y fluvial e infraestructura de puertos.*
2. *Velar por el cumplimiento de los principios de libre acceso, calidad y seguridad, en la prestación del servicio de transporte e infraestructura marítima, fluvial y portuaria.*
3. *Ejecutar la labor de inspección y vigilancia en relación con los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación, administración, explotación y/o mantenimiento de la infraestructura marítima, fluvial y portuaria de conformidad con lo previsto en el numeral 5, artículo 4° de este decreto.*
4. *Coordinar, ejecutar y controlar el desarrollo de los planes, programas y órdenes inherentes a la labor de inspección, vigilancia y control, y a la aplicación y cumplimiento de las normas para la prestación del servicio y gestión de infraestructura portuaria, marítima, fluvial.*
5. *Inspeccionar y vigilar la administración de los puertos fluviales a cargo de la Nación, en coordinación con la entidad territorial respectiva.*
6. *Dirigir y coordinar la actividad de inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que regulen los modos de transporte e infraestructura marítima y fluvial y de la infraestructura portuaria.*
7. *Adoptar los mecanismos de supervisión de las áreas objeto de vigilancia.*
8. *Dirigir y coordinar la gestión en el desarrollo de su labor de inspección y vigilancia de la gestión de infraestructura marítima, fluvial, portuaria, a cargo de la nación.*

9. *Coordinar e implementar los mecanismos con las entidades públicas ejecutoras para solicitar la información que estime conveniente para evaluar periódicamente el cumplimiento de las normas en materia de puertos, marítima y fluvial.*
10. *Solicitar documentos e información general, inclusive los libros de comercio, así como practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de su función.*
11. *Asumir de oficio o a solicitud de cualquier autoridad o persona interesada la investigación de las violaciones en los contratos de concesión, del incumplimiento de las normas de infraestructura marítima, fluvial, portuaria, así como de la adecuada prestación del servicio de transporte y tomar las medidas a que hubiere lugar, conforme a sus competencias.*
12. ***Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa y de la calidad del servicio de las empresas de servicio de transporte de su competencia y de los concesionarios en materia portuaria, de acuerdo con los indicadores y parámetros definidos por la Comisión de Regulación del Transporte.***
13. *Proporcionar en forma oportuna y de conformidad con las normas sobre la materia, la información disponible que le sea solicitada relativa a las instituciones bajo su vigilancia.” (Negrillas de la Sala)*

Por último, resulta necesario destacar que la Ley 1242 de 2008 “*Por la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias y Fluviales y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 12 le otorgó la competencia a la Superintendencia de Puertos y Transporte para inspeccionar, vigilar y controlar *en los aspectos objetivos y subjetivos a las empresas prestadoras de los servicios de transporte fluvial y de la actividad portuaria, en los siguientes términos:*

“Artículo 12. *La inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio público de transporte fluvial delegada a la Superintendencia de Puertos y Transporte o quien haga sus veces, se refiere a los aspectos objetivos y subjetivos de las empresas prestadoras de los servicios de transporte fluvial y de la actividad portuaria”.*

De esta manera, en virtud de la figura de delegación expresamente autorizada por el artículo 189 Constitucional y de conformidad con el artículo 13 de la Ley 489 de 1998, las competencias legales atribuidas a la Superintendencia de Puertos y Transporte, en suma versan sobre el ejercicio de las facultades de inspección, control y vigilancia⁸ del servicio

8 Entiéndase la facultad de inspección, control y vigilancia como la potestad verificadora de origen constitucional y legal sobre los sujetos y los órganos previamente determinados por la ley como sujetos controlables, para que el desarrollo de sus actividades se ajuste a la ley. En estos términos lo definió la Corte Constitucional, en Sentencia C-782 de 2007, en la que sostuvo: “*Inspección y vigilancia no significa más que verificar que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias u ámbitos jurídicos se ajuste a la ley, y es el legislador quien dicta las normas generales que sirven de fundamento jurídico para el ejercicio de dicho control. La facultad de inspección y vigilancia tiene un origen constitucional y un fundamento legal, ya que su ejercicio sólo procede de conformidad con lo dispuesto por la Constitución y a partir de los parámetros y criterios generales determinados previamente por el Legislador*”.

público de tránsito, transporte, marítimo y fluvial y su infraestructura, esto es, sobre la *actividad* (vigilancia objetiva) que las sociedades vigiladas por ella desempeñan.

De manera adicional, el artículo 12 de la Ley 1242 de 2008 le atribuye una función de inspección, vigilancia y control tanto objetiva (sobre la actividad) como subjetiva (sobre los sujetos) sobre las empresas prestadoras de transporte fluvial y de la actividad portuaria.

c. Las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades nació a la vida jurídica, con la expedición de la Ley 58 de 1931, en cuyo artículo 1° se dispuso:

“Artículo 1°. Crease dependiente del Gobierno una Sección Comercial encargada de la ejecución de las leyes y decretos que se relacionan con las Sociedades Anónimas. El Jefe de dicha Sección se llamará Superintendente de Sociedades Anónimas, será colombiano y tendrá la supervigilancia de todas las Sociedades mencionadas, con excepción de los establecimientos bancarios.”

Mediante el Decreto 1023 de 2012, se estableció la estructura orgánica de la misma y se determinó su carácter técnico, su adscripción al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, su autonomía administrativa y personería jurídica propia, en los siguientes términos:

“Artículo 1o. Naturaleza, Adscripción y Objetivo. La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la ley en relación con otros entes, personas jurídicas y personas naturales.”

Ahora bien, las competencias de la Superintendencia de Sociedades como órgano de inspección, control y vigilancia se encuentran establecidas en la Ley 222 de 1995, la que en su artículo 82 consagra la cláusula general de competencia de la siguiente manera:

*“Artículo 82. Competencia de la Superintendencia de Sociedades. El Presidente de la República ejercerá **por conducto de la Superintendencia de Sociedades**, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.*

***También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley.** De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo” (negritas de la Sala).*

Así mismo, el artículo 83 de dicha ley determina la función de *inspección* atribuida específicamente a la Superintendencia de Sociedades, al señalar que:

Artículo 83. Inspección. *La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.*

De igual forma, el artículo 84 de la misma normatividad consagra las funciones de *vigilancia* asignadas a esta Superintendencia de la siguiente manera:

“Artículo 84. Vigilancia. *La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.*

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

- a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;*
- b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;*
- c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados.*
- d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.*

Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:

- 1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de estas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.*

2. *Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.*
3. *Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.*
4. *Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.*
5. *Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.*
6. *Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.*
7. *Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.*
8. *<Numeral modificado por el artículo 149 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley. En los casos en que convoque de manera oficiosa, la Superintendencia presidirá la reunión.*
9. *Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.*
10. *Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.*
11. *<Numeral derogado por el artículo 149 del Decreto 19 de 2012>” (subrayas de la Sala)*

Por su parte, el artículo 85 de la Ley 222 de 1995, define en qué consiste el ejercicio de control adelantado por la Superintendencia de Sociedades, al prescribir que en virtud de aquel, la Superintendencia de Sociedades tiene la atribución “**para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia,** cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.” (Negrillas fuera de texto original)

Ahora bien, el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 consagra la denominada *competencia residual* de la Superintendencia de Sociedades, es decir, aquella que opera siempre que no haya una competencia legal previamente asignada a otra entidad del Estado, en este caso a otra Superintendencia, al señalar que:

“Artículo 228. Competencia Residual: *Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas.* En caso contrario, le corresponderá a

la Superintendencia de Sociedades salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores” (negrillas de la Sala)

Adicionalmente, el Decreto 1074 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*” en su artículo 2.2.2.1.1.1 y siguientes, establece los presupuestos que determinan la situación de inspección, control y vigilancia en cada caso concreto por parte de la Superintendencia de Sociedades, en atención al monto de ingresos, de activos o de existencia de pensionados a cargo de la sociedad.

De esta manera entonces, tal como lo manifiesta el Señor Superintendente de Sociedades en el escrito a través del cual se plantea el conflicto de competencias administrativas, la Superintendencia de Sociedades ejerce un control “*de vigilancia subjetivo por cuanto se ejerce sobre el sujeto, es decir, la persona jurídica, y no sobre la actividad que esta desarrolla en un contexto económico determinado*”⁹. Sin embargo, su competencia es residual en la medida en que opera en tanto y en cuanto las facultades asignadas a ella no hayan sido, expresamente, asignadas a otra Superintendencia.

d. La interpretación de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a las competencias de inspección, vigilancia y control de las Superintendencias de Puertos y Transporte y Sociedades.

En el año 2001, la Sala Plena del Consejo de Estado profirió la Sentencia C-746 del 25 de septiembre, con ocasión de la resolución de un conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte, en relación con la aprobación de los “Cálculos Actuariales de Bonos Pensionales de Diciembre 31 de 2000” de la empresa Metro Medellín Ltda. En dicha oportunidad, la Superintendencia de Puertos y Transporte planteó el conflicto de competencias administrativas, luego de haber rechazado el traslado efectuado por la Superintendencia de Sociedades de *los cálculos actuariales presentados a ella por parte de la empresa Metro Medellín Ltda.*, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 22 del Decreto 1299 de 1994.

Ahora bien, la Superintendencia de Sociedades en aquella oportunidad, declaró su falta de competencia para darle trámite al oficio presentado por Metro Medellín Ltda., con base en los siguientes argumentos:

- a) El Decreto 101 de 2000, que modificó la estructura del Ministerio de Transporte, le otorgó las atribuciones de inspección, control y vigilancia sobre las sociedades que presten el servicio público de transporte, a la Superintendencia de Puertos y Transporte; atribuciones que venían siendo ejercidas por la Superintendencia de Sociedades. En este sentido, “[N]o puede existir, conforme a las normas vigentes, facultades de inspección control y vigilancia concurrentes en cabeza de dos superintendencias, sobre una o diferentes sociedades”¹⁰.

⁹ A folio 2 del expediente.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa. Sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001.

- b) Estudiadas las normas legales y reglamentarias que regulan la materia (actividad transportadora, servicio público de transporte y operador de transporte), no existe duda de la competencia de la Superintendencia de Puertos y Transporte para asumir el conocimiento integral sobre el objeto social de las sociedades que realizan este tipo de actividades.
- c) Por expresa disposición del legislador, el estudio de los cálculos actuariales debe someterse a consideración de la superintendencia que vigila la respectiva sociedad.

Por su parte, la Superintendencia de Puertos y Transporte fundamentó su falta de competencia entre otras, por las siguientes razones:

- a) De conformidad con el artículo 189 numeral 22 de la Constitución Política de 1991, le corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, ejercer la inspección, vigilancia y control de los servicios públicos. Así pues, con base en el artículo 13 de la Ley 489 de 1998, el Presidente de la República delegó las funciones de inspección, vigilancia y control del servicio público de transporte en la Superintendencia de Puertos y Transporte (artículos 40, 41 y 44 del Decreto 101 de 2000.)
- b) Las funciones previstas en la Ley 222 de 1995 hacen relación a la formación y funcionamiento del objeto social de la empresa, por lo que es a la Superintendencia de Sociedades a quien le corresponde efectuar el estudio de dichos aspectos, por contar con un equipo altamente calificado para ello.
- c) Según el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 le corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer las funciones atribuidas en los artículos 83 a 85 de dicha normativa, siempre que las mismas no le fueran atribuidas expresamente por ley a otras superintendencias, caso que no se presenta en relación con la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Con base en los argumentos expuestos, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado analizó la cláusula general de competencia y la competencia residual de la Superintendencia de Sociedades, consagrada en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, y concluyó que la Superintendencia de Puertos y Transporte tiene una facultad de control, inspección y vigilancia *integral* esto es, tanto en el ámbito objetivo como subjetivo, sobre las sociedades con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten servicio público de transporte, por las siguientes razones:

1. En Colombia las superintendencias pueden, de manera integral, o en la medida en que el legislador lo determine, examinar y comprobar la transparencia en el manejo de las distintas operaciones y actividades que desarrollan, en cumplimiento de su objeto social, las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control. Ellas cumplen dichas funciones por un acto de delegación del Presidente de la República, en virtud del numeral 22 del artículo 189 Constitucional y el artículo 13 de la Ley 489 de 1998.

2. De conformidad con la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades ejerce vigilancia respecto de las sociedades comerciales siempre que dichas atribuciones o facultades no hayan sido expresamente asignadas a otra superintendencia o siempre que no se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o Superintendencia de Valores.
3. La asignación expresa de funciones a otra superintendencia exige que no pueda hablarse de delegación o asignación tácita lo que no significa, sin embargo, una reproducción de idénticas funciones en otra norma de derecho positivo o reproducción a la letra de las mismas. *“Lo importante, en estos casos, es que la **otra superintendencia** ejerza, por supuesto, de acuerdo con la ley, de manera efectiva e integral esas atribuciones de inspección, control y vigilancia sobre la sociedad respectiva mediante delegación precisa y concreta sin que sea posible deducirlas o situarlas en cabeza de la entidad correspondiente por interpretaciones o hipótesis, por aproximadas que parezcan.”*
4. El artículo 228 de la Ley 222 de 1995, junto con los Decretos 101 y 1016 de 2000 que establecen la competencia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, permiten *“afirmar que la voluntad del legislador es la de evitar fraccionamientos o duplicidad en el ejercicio de esas atribuciones por las diferentes superintendencias, así como impedir que entre estas se presenten casos de vigilancia concurrente sobre determinadas situaciones fácticas o jurídicas que presenten las sociedades sometidas a los controles estatales. Y la intención del legislador se observa con claridad cuando con las normas citadas se asignan o delegan expresamente funciones a una u otra superintendencia o se atribuye a cada una de ellas responsabilidad en relación con determinadas sociedades o personas o con diferentes aspectos de la prestación de los servicios públicos cuya función de vigilancia corresponde al Presidente de la República.”*
5. Lo importante y lo que debe examinarse al momento de definir competencias administrativas es que la asignación expresa de funciones o el acto de delegación de las mismas, permita un preciso deslinde de las labores que a los organismos de control y vigilancia corresponden sobre los servicios públicos y las personas que los prestan. En este sentido, a la Superintendencia de Puertos y Transporte le ha sido asignado un control integral en relación con el servicio público de transporte y las personas que lo prestan *“no solo por las facultades expresamente delegadas sino por cuanto varias de ellas en los diferentes casos, se ajustan a las definiciones de la Ley 222 y coinciden y se identifican ellas con algunas formas de inspección, control y vigilancia y con procedimientos característicos, precisamente, del ejercicio de las atribuciones de que trata la mencionada ley.”*
6. De conformidad con lo anterior, la Sala Plena concluyó que *“[N]o podrían, en manera alguna, en el caso que se estudia, por el panorama constitucional y legal examinado, fraccionarse o dividirse las atribuciones de que tratan los artículos 82,83,84 y 85 de la ley 222 de 1995 delegadas expresamente a la Superintendencia de Puertos y Transporte en relación con las empresas o personas naturales que presten*

el servicio público de transporte, para entenderlas radicadas casi totalmente en esta última superintendencia o parcialmente en la de sociedades en relación con uno o unos pocos aspectos de vigilancia y el control de las personas naturales o sociedades que prestan el servicio público de transporte. Ni la Constitución, ni las normas que se invocan en estas consideraciones como aplicables al caso concreto de la sociedad de cuyos estudios actuariales se trata, permiten la posibilidad que implique duplicidad o decisiones encontradas, contrapuestas o contradictorias en el desempeño de las labores que cumplen las superintendencias en relación con aquellas personas que vigilan.”

De igual forma, el 4 de febrero de 2010, la Sección Primera del Consejo de Estado acogió *in extenso* la posición tomada por la Sala Plena Contenciosa en sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001, cuando con ocasión del estudio de un recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 27 de enero de 2005, proferida por la Sección Primera, Subsección “A”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se declaró inhibida para resolver de fondo la demanda referente a las multas impuestas a los señores (...) de la Empresa (...) de Transporte S. A. en contra de los cuales la Superintendencia de Sociedades había iniciado una investigación administrativa en el año 2001 y que, por virtud de la Resolución 355-000065 del 4 de enero de 2002 dio traslado a la Superintendencia de Puertos y Transportes para continuar con el proceso de imposición de multas, el cual culminó con un condena mediante Resolución 1986 del 8 de octubre de 2002 de la Superintendencia de Puertos y Transporte Pues bien, a juicio de los actores, con este acto administrativo se les violentó su derecho al debido proceso al haber sido expedida su condena por parte de una entidad incompetente. Ante ese estado de cosas, la Sección Primera de esta Corporación decidió declarar la nulidad de lo actuado por parte de la Superintendencia de Sociedades al juzgar que la entidad competente para investigar a las personas naturales en el caso examinado, era la Superintendencia de Puertos y Transporte, con base en lo señalado en el fallo C-746 del 25 de septiembre de 2001 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado. No sobra advertir, que en esta ocasión la Sección Primera del Consejo de Estado acogió la postura trazada en decisión del 25 de septiembre de 2001 y reiteró que la Superintendencia de Puertos y Transporte tiene una competencia integral frente a las sociedades por ella vigiladas. En este sentido, debe conocer tanto los aspectos objetivos (actividad) como los aspectos subjetivos (sujetos) de las sociedades que ella vigila, lo que implica también, los aspectos societarios de ella.

Posteriormente, la Sección Primera del Consejo de Estado mediante providencia del 14 de febrero de 2013¹¹, cambió el criterio establecido por la Sala Plena en septiembre de 2001 y por la Sección Primera en 2010¹², al conocer de una acción de nulidad interpuesta en contra del artículo 42 del Decreto 101 de 2000 porque, a juicio del actor, violaba el artículo 13 de la Constitución Política de 1991.

11 Llama la atención de la Sala que en la nombrada providencia se señala que la Sección Primera de esta Corporación, reitera los pronunciamientos del 7 de diciembre de 2000 (Exp 6163) y del 4 de febrero de 2010 (Exp. 25000-23-24-000-2003-00234-01) cuando de la lectura de estas decisiones se percata que: (i) en el fallo del 7 de diciembre de 2000 no se hace ninguna relación a factores competenciales entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte; y (ii) en la providencia del 4 de febrero de 2010 se acoge *in extenso* la decisión tomada por la Sala Plena en sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001, es decir que le otorga una competencia *integral* a la Superintendencia de Puertos y Transporte para conocer los aspectos tanto objetivos como *subjetivos* de las sociedades por ella vigiladas

En efecto, según el accionante el artículo 42 del Decreto 101 de 2000, permitía un tratamiento discriminatorio para los asociados de las compañías dedicadas a la actividad portuaria y transportadora, por cuanto que sus opciones de protección en materia societaria estaban circunscritas a la Superintendencia de Puertos y Transporte y no a la Superintendencia de Sociedades, entidad que consideraba el demandante, contaba con más versación y experiencia en asuntos societarios que las otras superintendencias.

En dicha oportunidad, la Sección Primera del Consejo de Estado desestimó los argumentos presentados en el libelo de la demanda al considerar que la norma demandada no violaba el artículo 13 Constitucional, pero hizo la salvedad de que la Superintendencia de Puertos y Transporte ejercía un control *objetivo* sobre las sociedades por ella vigiladas por lo que el control *subjetivo* le correspondía a la Superintendencia de Sociedades, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

Por tanto, la Sección Primera del Consejo de Estado arribó a dicha conclusión señalando que:

“Nótese que las disposiciones transcritas (hace referencia a los artículos 40, 41 y 44 del Decreto 101 de 2000) hacen alusión expresa a la gestión administrativa atinente a la inspección, vigilancia y control a ser ejercida por la Superintendencia de Transporte sobre ese servicio público, la actividad portuaria y su infraestructura, sin que se haga siquiera la mínima referencia a atribuciones que desborden el marco de las competencias correspondientes a las mencionadas actividades.

En este orden de ideas, la norma demandada no entraña para la Superintendencia de Transporte una asignación expresa de aquellas funciones designadas en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, que permita asumir la existencia de un eventual trato desigual frente a las sociedades cuya vigilancia corresponde a esta última. En concordancia con lo anterior, es lógico suponer que la Superintendencia de Sociedades ejerce respecto de los sujetos de que trata la norma demandada, las funciones de inspección, vigilancia y control no atribuidas expresamente a la Superintendencia de Transporte, según se deriva del artículo 228 de la Ley 222 de 1995 así:

*“Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades, serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, **si dichas facultades le están expresamente asignadas**. En caso contrario, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores”.*

Así, y no obstante la anterior acotación, se colige que la norma acusada no consagra el tratamiento discriminatorio alegado por el actor, al no contemplar estas atribuciones a la Superintendencia de Transporte diferentes de las correspondientes a la actividad por ella supervisada y señalar los respectivos sujetos pasivos. De ahí que no resulte pertinente al caso incurrir en el test de igualdad sugerido por la Corte Constitucional frente a situaciones o normas que contemplan tratamientos desiguales.

Finalmente, no sobra anotar que aun cuando el actor invoca jurisprudencia de esta Corporación para significar que la misma representa un trato discriminatorio para las sociedades de que trata el artículo demandado, el juicio de constitucionalidad recae en exclusiva sobre las normas acusadas como violatorias de la Carta Política frente a los cargos endilgados, y no sobre las tesis adoptadas en el ejercicio de la función judicial”(negritas de la Sala)

Frente a estas interpretaciones la Sala acoge el planteamiento expresado por la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001, en el sentido de que la voluntad del legislador es evitar fraccionamientos o duplicidad en el ejercicio de las atribuciones otorgadas a la Superintendencia de Sociedades en otras Superintendencias, así como también impedir que entre estas se presenten casos de vigilancia concurrente sobre determinadas situaciones fácticas o jurídicas que presenten las sociedades sometidas a los controles estatales. Tal como fuera señalado en dicha oportunidad, lo que debe examinarse al momento de definir competencias administrativas es que la asignación expresa de funciones o el acto de delegación de las mismas, permita un preciso deslinde de las labores que a los organismos de control y vigilancia corresponden sobre los servicios públicos y las personas que los prestan de allí que, “[L]o importante, en estos casos, es que la **otra superintendencia** ejerza, por supuesto, de acuerdo con la ley, de manera efectiva e integral esas atribuciones de inspección, control y vigilancia sobre la sociedad respectiva mediante delegación precisa y concreta sin que sea posible deducirlas o situarlas en cabeza de la entidad correspondiente por interpretaciones o hipótesis, por aproximadas que parezcan”¹³.

5. Caso concreto

Tal como se señaló en los antecedentes, el conflicto de competencias sometido a decisión de la Sala se origina en el presunto desconocimiento del derecho preferencial estatutario de la sociedad Inatlantic S. A. por parte de la sociedad Puerto Industrial Agudulce S. A., con ocasión de la compraventa de acciones realizada en el año 2014.

Interpuesta la queja ante la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Delegatura de Puertos negó su competencia para darle trámite a la misma al considerar que los asuntos de orden *administrativo* y, específicamente, lo relacionado con derecho corporativo, es de resorte exclusivo de la Superintendencia de Sociedades, como quiera que los Decretos 101 y 1016 de 2000, modificados por el Decreto 2741 de 2001, no establecieron expresamente dichas facultades para que aquella pudiese avocar conocimiento del mismo. Adicionalmente, sustentó su decisión en el fallo proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado del 14 de febrero de 2013, en el que se señaló que la función de control, vigilancia e inspección de la Superintendencia de Puertos y Transporte era de carácter *objetivo*, por lo que le correspondía a la Superintendencia de Sociedades ejercer el control *subjetivo* sobre las sociedades vigiladas por aquella, con base en lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

13 Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa. Sentencia C-746 de 2001.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades negó su competencia al considerar que la Superintendencia de Puertos y Transporte cuenta con plenas facultades para conocer la queja interpuesta, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 6° del Decreto 2741 de 2001 y del artículo 12 de la Ley 1242 de 2008 *“Por la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales y se dictan otras disposiciones”*. Asimismo, fundamentó su determinación en la Sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la que se estableció que la Superintendencia de Puertos y Transporte ejercía un control *integral* sobre las sociedades por ella vigiladas razón por la cual, tenía competencia para conocer y tramitar asuntos de carácter subjetivo, como es el tema corporativo.

Visto de esta manera el conflicto planteado, la Sala encuentra que la entidad competente para dar trámite a la queja interpuesta por la sociedad Inatlantic S. A. por parte de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A., con ocasión de la compraventa de acciones realizada en el año 2014, es la Superintendencia de Puertos y Transporte y, en este sentido, acoge la posición sentada por la Sala Plena en la Sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001, reiterada en fallo del 4 de febrero de 2010 por la Sección Primera de esta Corporación, por las siguientes razones:

1. De conformidad con el artículo 4° del Decreto 2741 de 2001, que modificó el artículo 42 del Decreto 101 de 2000, la Superintendencia de Puertos y Transporte ejerce la función de control, inspección y vigilancia sobre los *“operadores portuarios”* por lo que, la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. está sometida a su vigilancia, en virtud de la delegación prevista en los artículos 40, 41 y 44 del Decreto 101 de 2000. Lo anterior, en atención a que en el Registro Único Empresarial y Social de la Cámara de Comercio, se lee que el objeto social de la misma consiste en:

“Solicitar y obtener de las autoridades competentes, la calidad de usuario industrial de servicios portuarios en una zona franca permanente especial de servicios, para la realización de actividades propias de su objeto social una vez obtenga dicha calificación, así como la declaratoria de existencia de la zona franca, todo dentro de los límites permitidos por el régimen colombiano de zonas francas. La planeación, inversión, construcción, mantenimiento, administración y operación de un puerto de terminales multipropósito y especializados para atender carga general, contenedores, gráneles sólidos, gráneles líquidos, hidrocarburos, minerales, productos químicos y otros, orientados a la satisfacción de los requerimientos y necesidades del tráfico y del comercio nacional e internacional”.

2. Al ser Puerto Industrial Aguadulce S.A. una sociedad vigilada por la Superintendencia de Puertos y Transporte, la normatividad aplicable a esta sociedad en materia de inspección, vigilancia y control se encuentra contenida en los Decretos 101 y 1016 de 2000, modificados por el Decreto 2741 de 2001 y en especial, el mandato contenido en el numeral 6°, del artículo 6° de este último, según el cual es función de la Superintendencia de Puertos y Transporte: *“Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa y la calidad del servicio de las empresas de servicio de transporte y concesionarios en general”*.

Asimismo, le es aplicable el contenido del artículo 12° de la Ley 1242 de 2008 “*Por la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales y se dictan otras disposiciones*” a cuyo tenor: “*La inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio público de transporte fluvial delegada a la Superintendencia de Puertos y Transporte o quien haga sus veces, se refiere a los **aspectos objetivos y subjetivos** de las empresas prestadoras de los servicios de transporte fluvial **y de la actividad portuaria**” (negritas no originales).*

Por consiguiente, la atribución de la competencia de la Superintendencia de Puertos y Transportes para ejercer un control integral sobre las sociedades por ella vigiladas tiene un fundamento legal, de conformidad con el numeral 6°, del artículo 6° del Decreto 2741 de 2001 (que modificó los Decretos 101 y 1016 de 2000) y el artículo 12° de la Ley 1242 de 2008.

Cabe destacar que, la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. desarrolla actividades *portuarias*, lo que *ab initio* llevaría a razonar que no le es aplicable el mandato contenido en el artículo 12° de la Ley 1242 de 2008 como quiera que, el mismo se refiere en un inicio al servicio público de transporte fluvial. Sin embargo, el aparte final del artículo 12 es claro al disponer que la función de inspección, vigilancia y control delegada a la Superintendencia de Puertos y Transporte comprende los aspectos subjetivos y objetivos de las empresas prestadoras de servicios de transporte fluvial y de la **actividad portuaria**; supuesto normativo que es perfectamente aplicable a la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. comoquiera que en sus estatutos se especifica que su objeto social es la prestación de servicios portuarios.

Adicionalmente, en gracia de discusión dicho precepto normativo se encuentra incluido dentro del compendio legal por medio del cual se estableció el Código de Navegación y Actividades **Portuarias** y Fluviales lo que permite concluir que al estar comprendido dentro de él, por unidad de materia, se aplica, igualmente, a sociedades cuyo objeto social consista en la prestación de servicios portuarios.

3. Al respecto la Sala considera que la Superintendencia de Puertos y Transporte ejerce un control *integral* respecto de las sociedades cuyo objeto social consista en la prestación de servicios de transporte fluvial y/o que desempeñen actividades portuarias (supuesto en el que se ubica la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A.); entendiéndose por control *integral* aquel relativo al ámbito subjetivo y objetivo de las sociedades por ella vigiladas. En este contexto, lo que determina la competencia administrativa de esta Superintendencia no es únicamente la actividad que las empresas desempeñen (control objetivo) sino también, la persona jurídica en sus aspectos societarios, económicos, jurídicos, contables y administrativos (control subjetivo).
4. Por lo anterior, si bien es cierto que, el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 establece la cláusula de competencia residual de la Superintendencia de Sociedades, en virtud de la cual esta avocará conocimiento cuandoquiera que las funciones a ella atribuidas no hayan sido expresamente asignadas a otra Superintendencia, también

lo es que en el caso objeto de estudio esa facultad le fue *expresamente* otorgada a la Superintendencia de Puertos y Transporte en virtud de lo establecido en el numeral 6° del artículo 6° del Decreto 2741 de 2001 y del artículo 12 de la Ley 1242 de 2008. De esta forma, para la Sala no existe contradicción entre las disposiciones legales nombradas y la Superintendencia de Puertos y Transporte ejerce las funciones establecidas en los artículos 82, 83 y 84 de la Ley 222 de 1995 respecto la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A.

5. Adicionalmente, la Sala reitera que acoge el planteamiento expresado por la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001, en el sentido de que la voluntad del legislador es evitar fraccionamientos o duplicidad en el ejercicio de las atribuciones otorgadas a la Superintendencia de Sociedades en otras Superintendencias, así como también impedir que entre estas sucedan casos de vigilancia concurrente sobre determinadas situaciones fácticas o jurídicas que presenten las sociedades sometidas a los controles estatales.
6. En este sentido, se comparte la conclusión según la cual: “[N]o podrían, en manera alguna, en el caso que se estudia, por el panorama constitucional y legal examinado, fraccionarse o dividirse las atribuciones de que tratan los artículos 82,83,84 y 85 de la ley 222 de 1995 delegadas expresamente a la Superintendencia de Puertos y Transporte, en relación con las empresas o personas naturales que presten el servicio público de transporte, para entenderlas radicadas casi totalmente en esta última superintendencia o parcialmente en la de sociedades en relación con uno o unos pocos aspectos de vigilancia y el control de las personas naturales o sociedades que prestan el servicio público de transporte”¹⁴.
7. Asimismo, resalta la Sala el hecho de que la Superintendencia de Puertos y Transporte, aún en vigencia de la Sentencia del 14 de febrero de 2013, que modificó la postura emitida por la Sala Plena Contenciosa en Sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001, haya expedido la Circular Externa 00000030 del 24 de julio de 2013 y la Resolución 23601 de junio de 2016, en las que acoge en su integridad la tesis establecida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en el sentido de aclarar que la Superintendencia de Puertos y Transporte tiene una función de inspección, vigilancia y control integral sobre las sociedades por ella vigiladas. Ciertamente, en la Circular 00000030 del 24 de julio de 2013 se lee:

“En virtud de los fallos de acción de definición de competencias administrativas, proferidos por la Sala Plena del honorable Consejo de Estado, de una parte, entre la Superintendencia de Puertos y Transporte y la Superintendencia de Sociedades (C- 746 de fecha septiembre 25 de 2001), y la otra con la Superintendencia de la Economía Solidaria (11001-03-15-000-2001-0213-01 de fecha marzo 5 de 2002), se precisa la competencia de la Superintendencia de Puertos y Transporte en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de carácter integral, esto es que

14 *Ibidem.*

comprende los aspectos objetivos sobre las personas naturales y jurídicas que prestan el servicio público de transporte y sus actividades conexas.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 222 de 1995, **la atribución de supervisión subjetiva, como son la inspección, vigilancia y control, recaen sobre la situación jurídica, contable económica y administrativa de las sociedades sometidas a vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte”** (negritas de la Sala).

En tanto que, en la Resolución 23601¹⁵ de junio de 2016 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, se dispuso:

“Que en virtud de los fallos de definición de competencias administrativas, proferidos por la Sala Plena del Consejo de Estado, de una parte, entre la Superintendencia de Puertos y Transporte y la Superintendencia de Sociedades (C-746 de fecha 25 de septiembre de 2001), y la otra, con la Superintendencia de Economía Solidaria (11001-03-15-000-2001-0213-01 del 5 de marzo de 2002) se precisa la competencia de carácter integral de la Superintendencia de Puertos y Transporte en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, que comprende los aspectos objetivos y subjetivos sobre las personas naturales y jurídicas que prestan el servicio público de transporte y sus actividades conexas” (negritas no originales).

Por consiguiente, la Sala considera que la interpretación dada por la Superintendencia de Puertos y Transporte con base en lo señalado por la Sección Primera de esta Corporación en Sentencia del 14 de febrero de 2013, para rechazar el estudio de la queja interpuesta por la presunta violación del derecho preferencial estatutario de la sociedad Inatlantic S. A. con ocasión de la venta de acciones de la sociedad Aguadulce S. A., no es de recibo por cuanto que la Sección Primera en dicha providencia hizo una interpretación eminentemente constitucional del precepto demandado que no implicó una contradicción o reversión de la decisión tomada por la Sala Plena Contenciosa en la Sentencia C-746 del 25 de septiembre de 2001. Prueba de ello es que, en la misma sentencia se afirma: “(...) no sobra anotar que aun cuando el actor invoca jurisprudencia de esta Corporación para significar que la misma representa un trato discriminatorio para las sociedades de que trata el artículo demandado, **el juicio de constitucionalidad recae en exclusiva sobre las normas acusadas como violatorias de la Carta Política frente a los cargos endilgados, y no sobre las tesis adoptadas en el ejercicio de la función judicial”** (negritas de la Sala).

De esta manera, para la Sala la Superintendencia de Puertos y Transporte ejerce una función de inspección, vigilancia y control integral sobre las sociedades que ella vigila.

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

¹⁵ La Resolución 23601 del 23 de junio de 2016, “Por la cual se establecen los parámetros de presentación de la información de carácter subjetivo que las entidades sujetas a supervisión deben enviar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, correspondiente al año 2015”, es un acto administrativo de carácter general que establece los parámetros y lineamientos que las sociedades sujetas a supervisión de la Superintendencia de Puertos y Transporte deben seguir para la presentación de la información de carácter subjetivo.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Superintendencia de Puertos y Transporte para resolver de fondo la queja interpuesta por la sociedad Inatlantic S. A. por la presunta violación del derecho preferencial estatutario en la compraventa de acciones de la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A. llevada a cabo en el año 2014.

SEGUNDO: Enviar el expediente de la referencia a la Superintendencia de Puertos y Transporte para que continúe con el procedimiento administrativo en forma inmediata y adopte la decisión que corresponda.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Superintendencia de Sociedades, a la sociedad Inatlantic S. A. y su representante legal, doctora Jaidiver Ríos Rodríguez, y a la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S. A.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

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

Asunto: Competencia para conocer de una solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez. Pérdida del régimen de transición. Aplicación de la Ley 100 de 1993.

Radicado 2017-00154

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

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

I. Antecedentes

De acuerdo con los documentos que obran en el expediente, los antecedentes de este conflicto se pueden resumir así:

1. El señor Carlos Humberto Parrado Poveda, identificado con cédula de ciudadanía N° 13.829.882, nació el 29 de abril de 1954, y actualmente cuenta con 63 años de edad (folio 7).
2. De conformidad con los certificados de información laboral aportados por Colpensiones y la Dirección Ejecutiva de Administración de Judicial de Neiva, expedidos el 27 de septiembre de 2017 y el 10 de agosto de 2017, respectivamente, el señor Parrado Poveda cuenta con más de 36 años de servicio laborados en forma interrumpida así: (i) el sector privado (López mantilla Pedro A y fibras Estructurales S. A.); del 1° de septiembre de 1976 hasta el 3° de enero de 1978, tiempo en el que cotizó al ISS, (ii) en el sector público, específicamente en la Rama Judicial, Seccional Neiva, Huila, desde el 15 de diciembre de 1978 hasta el 1° de julio de 2009, tiempo durante el cual efectuó aportes para pensión en la extinta Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal. , A partir del 1° de julio de 2009 (fecha del traslado masivo de los afiliados de Cajanal EICE al ISS) y hasta el 30 de junio de 2013, continuó trabajando en el sector público, Rama Judicial y sus aportes para pensión se realizaron al ISS hoy Colpensiones. Desde el 1 de julio de 2013 y hasta el 10 de agosto de 2017, continuó laborando en la rama judicial pero no realizó aportes para pensión (folios 9 a 10).
3. El 20 de octubre de 2010, la extinta Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) mediante resolución PAP 020414, reconoció la pensión de vejez al señor Parrado Poveda, bajo la aplicación del Régimen de Transición consagrado en la Ley 100 de

1993 y la posterior verificación de los requisitos establecidos en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971¹⁶, que es el régimen especial establecido para empleados de la rama judicial. El reconocimiento de la prestación se hizo, efectivo a partir del 1º de junio de 2009, condicionada al retiro definitivo del servicio oficial que ocupaba. Posteriormente, mediante Resolución UGM 50373 del 21 de junio de 2012 se resolvió un recurso de reposición contra el anterior acto administrativo confirmándolo en cada una de sus partes (folio 1).

4. Mediante sentencia del 26 de septiembre de 2013, emitida por el Tribunal Administrativo del Huila dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la extinta Cajanal contra el señor Parrado Poveda, con N° de radicación 2013-00017, se decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las resoluciones PAP 20414 del 20 de octubre de 2010 y UGM 50373 del 21 de junio de 2012, expedidas por Cajanal, al establecer que el señor Carlos Humberto Parrado Poveda no se encontraba amparado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que a la fecha en que entró en vigencia dicha ley (1º de abril de 1994) no acreditaba los 40 años de edad ni los 15 años de servicio.
5. Posteriormente, para dar cumplimiento al mencionado fallo, la UGPP expidió la Resolución RDP 025572 del 21 de agosto de 2014 para suspender provisionalmente los efectos jurídicos de las Resoluciones PAP 20414 del 20 de octubre de 2010 y UGM 50373 del 21 de junio de 2012 que reconocieron y confirmaron, respectivamente, la pensión de vejez al señor Parrado Poveda y, en consecuencia, procedió a ordenar su exclusión de nómina.
6. Con autos ADP 1208 del 16 de febrero de 2015, ADP 1276 del 17 de febrero de 2015, ADP 3475 del 23 de abril de 2015 y ADP 005903 del 16 de agosto de 2017, la UGPP le manifestó al señor Parrado Poveda su carencia de competencia para el reconocimiento de la pensión de vejez, y declaró que la entidad competente para efectuar dicho reconocimiento era Colpensiones (folios 2 y 25 a 27).
7. Por su parte, Colpensiones procedió a estudiar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con ocasión a la orden emitida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Neiva el 29 de octubre de 2015, dentro del incidente de desacato de una tutela radicada con N° 2015-00033-00. Por lo anterior, a través de la Resolución GNR 375928 del 24 de noviembre de 2015, Colpensiones sostuvo que el peticionario no cumplió con el requisito de edad exigida, toda vez que con la Ley 797 de 2003, a partir del año 2014, la edad para acceder a la pensión aumentó a 62 años para los hombres y el peticionario solo tenía 61, por lo tanto, negó la prestación solicitada (folios 52 a 58).
8. En Resolución GNR 57318 del 22 de febrero de 2017, Colpensiones declaró su falta de competencia para estudiar el reconocimiento de la pensión de vejez, como quiera

16 55 años de edad para hombres y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

que el mayor número de cotizaciones se realizaron a la extinta Cajanal, hoy UGPP, y el peticionario adquirió el estatus estando cotizando a la liquidada entidad, por lo que ordenó remitir el expediente pensional a la UGPP (folios 58 a 64).

9. Mediante oficio radicado ante la Sala de Consulta y Servicio Civil el 5 de septiembre, la UGPP, solicitó resolver el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre esa entidad y Colpensiones (folios 1 a 6).

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 37).

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a Colpensiones, a la UGPP y al señor Carlos Humberto Parrado Poveda, con el fin de que presentaran sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente. Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que, durante la fijación del edicto, no se recibieron alegatos de ninguna de las partes o terceros interesados.

Sin embargo, con posterioridad a la desfijación del edicto, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) allegó sus consideraciones. Revisada la documentación entregada por Colpensiones y la UGPP, se observó que la misma resultaba insuficiente para solucionar el conflicto de competencias planteado, razón por la cual, mediante auto del 22 de noviembre de 2017, el Ponente ordenó que se oficiara a Colpensiones, a la UGPP, a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Neiva y al Señor Carlos Humberto Parrado Poveda para que allegaran los siguientes documentos:

- Todas las peticiones presentadas por el señor Parrado Poveda tanto a Colpensiones como a la UGPP.
- Los certificados de información laboral F1.
- La Resolución PAP 20414 del 20 de octubre de 2010, expedida por la extinta Cajanal.

El señor Carlos Humberto Parrado Poveda aportó, en veintinueve (29) folios, parte de la información requerida y en un (1) folio, escrito manifestando la urgencia de la presente decisión. Por su parte, la UGPP allegó la totalidad de lo solicitado en (7) siete folios, el 30 de noviembre de 2017, tal como consta en el informe secretarial del 7 de diciembre de la presente anualidad. Posteriormente, Colpensiones allegó un CD que contiene copia de los documentos que se registran en el área de la Dirección Documental de esa misma entidad.

III. Argumentos de las partes

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

1. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP

El Subdirector de Defensa Judicial Pensional de la UGPP manifestó que, según las certificaciones de información laboral aportadas, el señor Carlos Humberto Parrado Poveda cuenta con más de 36 años de servicio en el sector público, específicamente en la Rama Judicial, desde el 15 de diciembre de 1978, y que las últimas cotizaciones las ha realizado al ISS, desde el 1º de julio de 2009, y luego a Colpensiones.

Señaló que el peticionario no es beneficiario del régimen de transición, pues, al 1º de abril de 1994, contaba con 39 años de edad y algo más de 13 años de servicio por lo que no contaba con 15 años o más de servicios en esa fecha, ni tampoco con 750 semanas cotizadas “*para el 29 de abril de 2005*”. En esa medida, concluyó que el señor Parrado Poveda tendría que pensionarse con los requisitos generales establecidos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es decir, con 60 años de edad para el 2014, pero en vista de que a partir del 1º de enero del 2014, se incrementó la edad a 62 años para hombres, la nueva edad exigida para el peticionario la cumpliría hasta el 29 de abril de 2016.

Indicó que para el 29 de abril de 2017, ya el señor Parrado Poveda estaba afiliado a Colpensiones como consecuencia del traslado masivo de pensionados de Cajanal, de ahí que sea la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la llamada a efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez.

2. La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

El Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Legales de la citada entidad mencionó que el señor Parrado Poveda es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que al comenzar a regir el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, contaba con 39 años de edad y con más de 15 años de servicios cotizados. Señaló que, en esa medida, el peticionario es beneficiario de la Ley 33 de 1985, que exige los siguientes requisitos para obtener el status pensional: i) 55 años de edad, para el caso de los hombres, y ii) 20 años de servicio o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

También manifestó que, aunque el señor Parrado Poveda está actualmente afiliado y cotizando a Colpensiones, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, el peticionario consolidó su estatus pensional el 29 de abril de 2009, estando afiliado y cotizando a Cajanal. Por tanto, al adquirir su derecho pensional antes del 1º de julio de 2009, según lo previsto en el Decreto 2196 de 2009 y el Decreto 546 de 1971, la entidad competente para reconocer su derecho pensional es actualmente la UGPP.

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

Puede ocurrir que dos o más autoridades se consideren competentes para conocer de un asunto de naturaleza administrativa o que, por el contrario, juzguen ser incompetentes para el efecto. Con el objeto de resolver conflictos de esta índole, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido un procedimiento específico, consagrado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA:

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

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

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

Como surge de los antecedentes, el presente conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional, la UGPP y Colpensiones. Igualmente, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión formulada por el señor Carlos Humberto Parrado Poveda. Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

b. Términos legales

El procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, CPACA, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pueden ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6º), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin

competencia dará lugar a su nulidad, hasta tanto no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, “*mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán*”¹⁷. El artículo 21 *ibídem* (sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que “[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisivo al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente”. Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

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

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

2. Aclaración previa

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

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

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

como las pruebas que obren en el respectivo expediente administrativo, para adoptar la decisión de fondo que sea procedente. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente del conflicto.

3. Problema jurídico

En el presente conflicto de competencias administrativas, corresponde a la Sala definir la entidad a la que le compete resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor Carlos Humberto Parrado Poveda.

Para solucionar este problema jurídico, previa reseña de la normatividad que ordenó la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y del Instituto de Seguros Sociales (ISS), así como la entrada en funcionamiento de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) el Sistema de Seguridad Social integral creado por la Ley 100 de 1993; (ii) la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP; (iii) la liquidación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones); (iv) el Régimen de transición en materia de pensiones; (v) el Régimen especial en materia de pensiones aplicable a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público antes de la Ley 100 de 1993; (vi) La pensión por aportes; y (vii) el caso concreto.

4. Análisis del conflicto planteado

4.1. Sistema de Seguridad Social Integral - Ley 100 de 1993-

En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 100 de 1993¹⁸ creó el Sistema de Seguridad Social Integral con el propósito de:

“Garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana mediante la protección de las contingencias que la afecten”.

La Ley 100 de 1993, en cita, contempla en su artículo 12 que el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios que coexisten pero son excluyentes, a saber: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.

18 Ley 100 de 1993 (diciembre 23) “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

Sobre la administración del régimen de prima media con prestación definida el artículo 52 de la Ley 100 en cita dispuso:

“Artículo 52: Entidades administradoras. *El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.*

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria”.

De acuerdo con la norma transcrita, se previó la supresión de las entidades públicas o privadas que administraban pensiones, para radicar exclusivamente en el ISS la administración del régimen de prima media, sin perjuicio de establecer que aquellas continuarían a cargo de las pensiones de sus afiliados. En armonía con esa disposición, se prohibió crear nuevas cajas, fondos o entidades de previsión en el sector público:

“Artículo 129. Prohibición general. *A partir de la vigencia de la presente ley, se prohíbe la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social del sector público, de cualquier orden nacional o territorial, diferentes a aquellas que de conformidad con lo previsto en la presente ley, se constituyan como entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud”.*

Más adelante la Ley 1151 de 2007¹⁹ se ocupó *“De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida”*, para lo cual en los artículos 155 y 156 creó la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a las cuales pasa a referirse la Sala.

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

La Caja Nacional de Previsión Social fue creada por la Ley 6 de 1945²⁰ como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, a cuyo cargo se encomendó el reconocimiento y pago de las prestaciones de “los empleados y obreros nacionales de carácter permanente”²¹.

19 Ley 1151 de 2007 (julio 24) *“Por la cual se expiden el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.*

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

21 Artículo 17.

Dicha entidad fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado mediante la Ley 490 de 1998²², y en materia pensional, se le encomendó continuar “...con las funciones de trámite y reconocimiento de pensiones, así como con el recaudo de las cotizaciones en los términos establecidos por la ley...” (artículo 4º *ibídem*).

Luego, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 155²³ de la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010), el Gobierno nacional, mediante el Decreto 2196 de 2009²⁴, ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal EICE.

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

- (i) La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal EICE en Liquidación- “...*adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados **que hubieran cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente decreto, de acuerdo con las normas que rigen al materia***” (artículo 3º, inciso segundo).
- (ii) Cajanal EICE en Liquidación “...*continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada por la Ley 1151 de 2007*” (artículo 3º, inciso segundo, aparte final).
- (iii) La Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE en Liquidación) “...*deberá adelantar todas las acciones necesarias para el **traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social (ISS)***...” (Artículo 4º). (Destaca la Sala).

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

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

23 “Artículo 155. *De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía, se mantendrá una participación pública en su prestación. (...)*

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

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

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

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

En materia pensional, la Ley 1151 atribuyó a la citada unidad “...el reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, **causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional**, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, **respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación**. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003...” (artículo 156, numeral 1º). (Resalta la Sala). La misma ley otorgó al Gobierno nacional facultades extraordinarias para establecer las funciones de la entidad, entre otros fines, lo cual hizo mediante el Decreto Ley 169 de 2008 ²⁵.

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

Más adelante, por el Decreto 4269 de 2011, se distribuyeron unas competencias en materia de reconocimiento de derechos pensionales, entre Cajanal en Liquidación y la UGPP. En el artículo 1²⁶ se indicó que la UGPP sería la competente para resolver todas las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.

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

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

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

4.3. La liquidación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

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

Con la expedición de los Decretos 2011²⁷, 2012²⁸ y 2013²⁹ de 2012, el Gobierno nacional reglamentó la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), ordenó la supresión del ISS y lo declaró en estado de liquidación, ente otros asuntos, todo ello a partir del 28 de septiembre de 2012.

En el Decreto 2011 de 2012 se previó que los afiliados al ISS quedarían directamente a cargo de Colpensiones:

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

27 “Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)”.

28 “Por el cual se suprimen unas dependencias de la estructura del Instituto de Seguros Sociales (ISS)”.

29 “Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”.

*“Artículo 2º. Continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de los Afiliados y Pensionados en Colpensiones. **Los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), mantendrán su condición en la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), así como los derechos y obligaciones que tienen en el mismo régimen, sin que ello implique una selección o traslado de régimen del Sistema General de Pensiones.(...)”** (Se destaca).*

En el artículo 3º del mismo decreto se estableció el trámite a seguir para la atención de las solicitudes de pensión y el cumplimiento de los fallos de tutela proferidos en contra del ISS en Liquidación, presentadas o dictados con anterioridad a su vigencia, así:

“Artículo 3º. Operaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberá:

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

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

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

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

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

4.4 Régimen de transición en materia de pensiones

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señaló los requisitos que debían cumplir las personas para ser beneficiarias del régimen de transición:

“Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...) (negritas fuera del texto).

Más adelante, el Acto Legislativo 1 de 2005, “[p]or el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, en su parágrafo 4º transitorio, impuso un límite temporal a la aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

“Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

Como se observa, la norma constitucional mencionada estableció dos condiciones para que pudiera seguirse aplicando el régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010: (i) que el beneficiario hubiera cotizado al menos 750 semanas, o tuviera el tiempo de servicios equivalente, en la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo (25 de julio de 2005), y (ii) que la misma persona adquiriera el derecho a la pensión, conforme a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 que le sean aplicables, antes del 31 de diciembre de 2014³⁰.

La importancia de analizar el régimen de transición y determinar si resulta aplicable a cierta persona, radica en que quienes resulten beneficiados con el mismo adquieren el derecho a la pensión cuando cumplan con las exigencias establecidas en las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993 que les sean aplicables, principalmente, las Leyes 33 de 1985 o 71 de 1988, según el caso (tratándose de servidores o exservidores públicos).

30 Así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto N° 2194 de 2013.

a. La Ley 33 de 1985

El régimen pensional de los empleados oficiales que hubieran aportado a las correspondientes cajas de previsión del sector público, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaba regulado por la Ley 33 de 1985, la cual prescribía:

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

Así de la norma transcrita, se desprende que las personas cobijadas por este régimen pensional tienen derecho a obtener la pensión una vez cumplan 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos en el sector público.

b. Régimen especial en materia de pensiones aplicable a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público antes de la Ley 100 de 1993

El régimen pensional de los empleados oficiales, anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaba regulado principalmente por la Ley 33 de 1985³¹, cuyo artículo 1º prescribía:

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

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

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno”.

Con base en el inciso segundo del artículo transcrito, la Ley 33 de 1985 se configuró como un régimen general para el sector público, pero dejó vigentes los regímenes excepcionales y especiales establecidos por ley.

31 Ley 33 de 1985 (enero 29), “por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

Uno de los regímenes especiales era el contenido en el Decreto Ley 546 de 1971³², referente a la seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público. En lo que atañe a la pensión de jubilación de estos servidores, el artículo 6º del citado decreto ley señala:

“Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.

Obsérvese que el régimen especial de la Rama Judicial a la vez que exigía un tiempo mínimo de 10 años al servicio de la Rama, también permitía que el requisito del tiempo, de 20 años en total, se reuniera de manera continua o discontinua e inclusive con antelación a la entrada en vigencia del mismo decreto ley.

Por lo demás, los funcionarios y empleados judiciales que en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 conservaban el régimen especial del Decreto ley 546 de 1971, pero no habían causado el derecho pensional cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, tuvieron hasta el 31 de diciembre de 2014 para causar su pensión bajo el régimen especial, siempre que acreditaran las 750 semanas cotizadas o los 15 años de servicio en la fecha de entrada en vigencia de dicho acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005.

c. La “pensión por aportes” (Ley 71 de 1988)

Con la expedición de la Ley 71 de 1988, inicialmente reglamentada por el Decreto 1160 de 1989 y luego, por el Decreto 2709 de 1994, se introdujo en el sistema normativo colombiano la denominada “*pensión por aportes*”, cuya finalidad principal fue la de permitir que las personas que hubieran tenido vínculos laborales con el sector privado y con el público y que, en tal virtud, hubiesen efectuado aportes a entidades de previsión social del sector público (como Cajanal) y al Instituto de Seguros Sociales, acumularan dichas cotizaciones para completar los veinte (20) años de aportes o tiempos laborados exigidos por los correspondientes regímenes pensionales.

De esta manera, el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 dispuso que, “[a] partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.

32 Decreto Ley 546 de 1971 (junio 16) “Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”.

Esta norma fue reglamentada por el artículo 1° del Decreto Reglamentario 2709 de 1994, que estatuye:

“Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

Sobre la competencia para reconocer y pagar esta pensión, el artículo 10 del mismo decreto establece:

“Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

Parágrafo. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995. (...)”.

Así, cuando se trate de un trabajador que haya laborado en el sector público y en el privado, y necesite sumar los tiempos cotizados a entidades de previsión social del sector público y al Instituto de Seguros Sociales, para completar los requisitos exigidos para la pensión, la entidad competente para efectuar su reconocimiento será la última a la cual se hayan efectuado aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo haya sido, mínimo, de 6 años. En caso contrario, será responsable de reconocer la pensión de jubilación la entidad a la que se le haya efectuado el mayor número de aportes. Destaca la Sala que esta es una **regla especial** de competencia para la “pensión por aportes”, por lo que debe aplicarse de preferencia sobre las reglas generales que establecen y distribuyen las competencias para el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.

4.5. Conclusiones sobre el marco jurídico

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

- a. Compete a la UGPP el reconocimiento de las pensiones de aquellas personas que antes del 1º de julio de 2009³³ adquirieron el derecho a la pensión, es decir, cumplieron los requisitos de edad y número de semanas cotizadas o tiempo de servicios exigidos, **siempre y cuando estuvieran afiliadas en ese momento a Cajanal.**
- b. Compete también a la UGPP el reconocimiento de las pensiones de aquellas personas que, estando afiliadas a Cajanal o a otras cajas, fondos o entidades públicas autorizadas por el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 para administrar pensiones en el régimen de prima media, cumplieron el requisito de tiempo de servicios o número de semanas cotizadas exigido por la ley, **y se retiraron o desafilieron del régimen de prima media con prestación definida antes de la cesación de actividades de la respectiva caja, fondo o entidad, para esperar el cumplimiento de la edad.**
- c. En los demás casos, el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida compete a Colpensiones, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad.

Aclara la Sala que las conclusiones anteriores deben entenderse sin perjuicio de las reglas particulares que en materia de competencia estén previstas en regímenes especiales, como sucede con la denominada “pensión por aportes” regulada en la Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios.

5. El caso concreto

Debe advertirse que la Sala analizará el caso del señor Carlos Humberto Parrado Poveda tomando como base la información que aparece en el expediente del conflicto, sin perjuicio de la obligación que le asiste a la entidad que sea declarada competente, de verificar todos los documentos y la información que hagan parte del expediente pensional y de la historia laboral del solicitante, con el fin de determinar si le corresponde o no, y bajo qué régimen, el derecho que reclama.

Así las cosas, de acuerdo con los últimos certificados aportados al expediente por Colpensiones y por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Neiva, del 10 de agosto de 2017 y del 27 de septiembre de 2017, respectivamente, el señor Carlos Humberto Parrado Poveda laboró para la Rama Judicial y para el sector privado, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

³³ Fecha en la cual se realizó el traslado masivo de afiliados de Cajanal en Liquidación al ISS, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009.

ENTIDAD/EMPLEADOR	DESDE	HASTA	EQUIVALENCIA			FONDO/ ADMINISTRADORA DE PENSIONES
			AAAA	MM	DD	
LOPEZ MANTILLA PEDRO A	01/09/76	17/02/77	0	5	16	ISS hoy Colpensiones
FIBRAS ESTRUCTURALES S. A.	01/12/77	30/01/78	0	1	30	ISS Hoy Colpensiones
RAMA JUDICIAL	15/12/78	15/04/79	0	4	0	Cajanal
RAMA JUDICIAL	16/04/79	25/06/79	0	2	9	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/09/79	25/09/80	1	0	24	Cajanal
RAMA JUDICIAL	14/09/82	15/05/85	2	8	1	Cajanal
RAMA JUDICIAL	16/05/85	31/08/85	0	3	15	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/09/85	12/01/92	6	4	11	Cajanal
RAMA JUDICIAL	13/01/92	11/03/92	0	2	2	Cajanal
RAMA JUDICIAL	12/03/92	1/04/94	2	0	19	Cajanal
RAMA JUDICIAL	2/04/94	30/04/95	1	0	28	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/05/95	31/01/96	0	8	30	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/02/96	15/01/98	1	11	14	Cajanal
RAMA JUDICIAL	16/01/98	30/01/98	0	0	14	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/02/98	12/01/03	4	11	11	Cajanal
RAMA JUDICIAL	13/01/03	28/02/03	0	1	15	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/03/03	30/06/06	3	3	29	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/07/06	30/06/07	0	11	29	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/07/07	2/03/08	0	8	1	Cajanal
RAMA JUDICIAL	3/03/08	9/03/08	0	0	6	Cajanal
RAMA JUDICIAL	10/03/08	31/03/08	0	0	21	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/04/08	31/05/08	0	1	30	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/06/08	4/06/08	0	0	3	Cajanal
RAMA JUDICIAL	5/06/08	4/08/08	0	1	29	Cajanal
RAMA JUDICIAL	5/08/08	31/07/09	0	11	6	Cajanal
RAMA JUDICIAL	1/08/09	30/06/13	4	10	29	ISS hoy Colpensiones
RAMA JUDICIAL	01/07/13	10/08/17	4	1	9	*
TOTAL TIEMPO LABORADO			37	1	2	

* En este periodo, es importante aclarar que el señor Parrado Poveda cotizó a pensión en el ISS, hoy Colpensiones, sólo hasta el 30 de junio de 2013, con ocasión al reconocimiento de la pensión realizado por Cajanal EICE en resolución PAP 020414 (folio 50).

Merced a lo anterior, es necesario colegir que el señor Parrado Poveda no satisfacía los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; toda vez que en la fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994) tenía 39 años de edad y no 40 años que era lo requerido en la ley, y solamente había laborado 14 años aproximadamente y no los 15 años de servicio exigidos. Por lo tanto, no le resulta aplicable lo dispuesto en el régimen especial de la rama judicial contenido en el Decreto Ley 546 de 1971, ni los regímenes pensionales establecidos en la Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988 – Pensión por aportes.

Así las cosas, el régimen legal presuntamente aplicable al peticionario en materia pensional, es el contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que para los hombres exige una edad de 62 años a partir del 2014 y 1.000 semanas de servicios, que a partir del 2005 se aumentaron gradualmente, hasta alcanzar las 1.300 semanas³⁴.

Ahora bien, en cuanto al argumento expuesto por Colpensiones, en el sentido de que el señor Parrado Poveda a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a pesar de que no cumplía con el requisito de la edad, tenía más de 15 años de servicios cotizados, y en ese sentido era beneficiario del régimen de transición, por lo tanto la norma aplicable era la Ley 33 de 1985³⁵, y que la competencia para reconocer esta prestación era de la UGPP, como quiera que adquirió su estatus pensional en la extinta Cajanal, hoy UGPP, antes del 1° de julio de 2009, esta Sala advierte que dicho análisis no corresponde a la historia laboral del peticionario pues, como el solicitante no era beneficiario del régimen de transición y en esa medida, el reconocimiento de la pensión de vejez se regirse por la Ley 100 de 1993., tal como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, la Sala advierte dos yerros principales en la argumentación expuesta por Colpensiones. El primero de ellos, cuando indica que el señor Parrado Poveda era beneficiario del régimen de transición, porque basó su análisis en un certificado de información laboral del 19 de agosto de 2016, expedido por la Dirección de Administración Judicial de Neiva (folios 72 a 74)³⁶, que resultó erróneo de conformidad con las consideraciones de la UGPP en su Resolución ADP 005903 (folios 66 a 70)³⁷, donde se indicaba que el peticionario había comenzado a cotizar desde el 1° de septiembre de 1973, cuando la fecha correcta según el certificado expedido por Colpensiones el 27 de septiembre de 2017, es el 1° de septiembre de 1976. Con base en dicha información señaló que el señor Parrado Poveda adquirió el derecho pensional antes del 1° de julio de 2009 cuanto se encontraba afiliado a la extinta Cajanal, pues, como ya se indicó el peticionario no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual el régimen pensional aplicable es el previsto en el artículo 33 de la citada norma modificado por la Ley 797 de 2003.

34 *Artículo 9°. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: (...)*

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015°.

35 Cuyos requisitos son 55 años de edad y 20 años de servicio o 1.000 semanas cotizadas.

36 Certificado de información laboral corregido a través del memorial allegado a este despacho el 6 de diciembre de 2017, donde consta formato No. 1 de información laboral actualizado.

37 Certificado de información laboral corregido a través del memorial allegado a este despacho el 6 de diciembre de 2017, donde consta formato No. 1 de información laboral actualizado.

De manera que, a criterio de la Sala, el señor Carlos Humberto Parrado Poveda cumplió los requisitos de edad y tiempo previstos en el citado artículo el 29 de abril de 2016, cuando cumplió 62 años de edad, de acuerdo con el incremento de este requisito a partir de que el 1º de enero del 2014 (Ley 797 de 2003), como quiera que a esa fecha ya contaba con más del número de semanas mínimas requeridas. En consecuencia, debe tenerse en cuenta que al 29 de abril de 2016, fecha en la cual consolidó su estatus pensional se encontraba afiliado a Colpensiones.

En virtud de lo anterior, la Sala considera que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), es la entidad competente para conocer y resolver de fondo la solicitud de pensión del señor Carlos Humberto Parrado Poveda, debido a que el peticionario se encontraba afiliado a la misma cuando adquirió su estatus pensional.

La Sala exhortará a Colpensiones para que en los trámites de reconocimiento pensional haga un estudio más cuidadoso de la documentación remitida por los peticionarios o las entidades administradoras de pensiones, de tal forma que los actos administrativos que se profieran para decidir las solicitudes de pensión se ajusten a la realidad de cada caso y se fundamenten en consideraciones aplicables a la situación del respectivo peticionario.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para conocer de la solicitud de pensión de vejez del señor Carlos Humberto Parrado Poveda.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para que adelante la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y al señor Carlos Humberto Parrado Poveda.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González Lopez, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

3. Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Nariño y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Asunto: Competencia para reconocer pensiones de las cajas y fondos de previsión territoriales y creación de los Fondos Territoriales de Pensiones. Competencia de Colpensiones en los casos de liquidación de cajas o fondos territoriales. Cambio de Régimen de ahorro y sus consecuencias (artículo 4° del Decreto 813 de 1994).

Radicado 2016-00139

Fecha: 13/02/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Nariño – Dirección Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

I. Antecedentes

De acuerdo con la información que reposa en el expediente, los antecedentes del presente conflicto de competencias son los siguientes:

1. El señor Helman Cardenio Narváez López nació el 31 de agosto de 1957 de conformidad con la cédula de ciudadanía N° 5.249.872, expedida en El Tambo (Nariño). Actualmente cuenta con 59 años de edad (folio 4).
2. De conformidad con las Historias Laborales allegadas a la Sala por el secretario de Hacienda del Departamento de Nariño (folios 5 a 30), los tiempos de servicio cotizados por el señor Narváez López, ascienden a 20 años, 6 meses y 9 días, tiempos laborados para la Alcaldía Municipal de El Tambo, la Cámara de Representantes, el Senado de la República, el Departamento de Nariño y como trabajador independiente.
3. Mediante certificación expedida por la Administradora de Pensiones Colpensiones se observa que el señor Narváez López se encuentra en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 13 de diciembre de 1995 y su estado es activo cotizante. De igual forma, en el histórico de pensión se encuentra que hubo una vinculación a Colmena desde el 12 de junio de 2006 y un traslado aprobado de un fondo de pensiones al ISS el 15 de abril de 2008, así que será esta última fecha la que se tendrá en cuenta como aquella en la que el actor se afilió a ISS ahora Colpensiones.
4. El 19 de enero de 2015, el señor Narváez López solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de una pensión de vejez. Esta solicitud le fue negada mediante Resolución N° GNR 207187 del 11 de julio de 2015, argumentando la falta de competencia, como quiera que solo contaba con 21 semanas cotizadas en

esa entidad, cuando el tiempo mínimo requerido son 6 años, ya sean continuos o discontinuos de cotizaciones. Asimismo, indicó que el peticionario realizó la mayor parte de sus cotizaciones a otras cajas y consideró que la entidad competente para conocer del asunto es la Gobernación de Nariño.

5. El 31 de julio de 2015, el señor Helman Cardenio Narváez López interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra dicha resolución.
6. Mediante la Resolución N° GNR 305958 del 6 de octubre de 2015, Colpensiones resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida y, en consecuencia, envió el recurso de apelación al superior jerárquico para lo de su competencia.
7. El 31 de enero de 2016, Colpensiones resolvió el recurso de apelación a través de la Resolución N° VPB 4774, en la cual confirmó en todas sus partes la Resolución N° GNR 207187 del 11 de julio de 2015 y declaró la pérdida de competencia para reconocer la pensión de vejez del recurrente; en consecuencia, consideró que la Gobernación de Nariño era la encargada de efectuar el mencionado reconocimiento pensional.
8. El 17 de noviembre de 2015, el señor Narváez López solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), conceptuar acerca de cuál era la entidad competente para reconocer su pensión de vejez. La UGPP emitió concepto el 22 de febrero de 2016, a través del auto N° ADP 002526, en el cual señaló que:

“Teniendo presente que durante la última vinculación laboral los aportes fueron destinados a la Gobernación de Nariño, es dicha Entidad la encargada del reconocimiento de la prestación solicitada”.

9. El 9 de febrero de 2016, el señor Helman Cardenio Narváez López solicitó ante la Subsecretaría de Talento Humano de la Gobernación de Nariño, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, solicitud que fue respondida mediante la Resolución N° 239 del 28 de abril de 2016, a través de la cual decidió negarla, al considerar que:

“...el Fondo Territorial Publicas (sic) del Departamento de Nariño sustituye en sus obligaciones pensionales a la Caja de Previsión Social de Nariño y al Fondo de Prestaciones del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, exclusivamente frente aquellos derechos pensionales adquiridos con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, es decir los que se han causado por el cumplimiento pleno de los requisitos establecidos para el efecto antes de la vigencia”.

10. En contra de la anterior resolución, el señor Narváez López presentó ante la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Nariño recurso de reposición y en

subsidio de apelación, argumentando que cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la Ley 33 de 1985, para ser beneficiario de una pensión de jubilación.

11. El 10 de junio de 2016, el Secretario de Hacienda de Nariño resolvió el recurso de reposición a través de la Resolución N° 399, por medio de la cual decidió no reponer el acto administrativo recurrido, teniendo en cuenta que el fondo territorial de ese departamento no tiene la facultad para reconocer y pagar pensiones causadas después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; asimismo, indicó que aun cuando el recurrente estuvo vinculado como diputado de la Asamblea Departamental de Nariño, la obligación de esta era afiliarlo al fondo pensional que él seleccionara y el no haberlo hecho no implica que la responsabilidad deba ser asumida por ese fondo territorial. Finalmente, decidió conceder el recurso de apelación y enviarlo al superior jerárquico.
12. El 28 de junio de 2016, el Gobernador del Departamento de Nariño, resolvió el recurso de apelación mediante la Resolución N° 160, a través de la cual confirmó el acto administrativo que le negó la pensión al recurrente (Resolución 239 del 28 de abril de 2015) y declaró la falta de competencia del Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño para reconocer la prestación pensional del señor Narváez López. En consecuencia, decidió devolver el expediente a la Secretaría de Hacienda Departamental para que esta se encargara de promover ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el respectivo conflicto de competencias.
13. En cumplimiento de lo anterior, el Secretario de Hacienda del Departamento de Nariño, presentó ante esta Sala escrito en el que solicitó resolver el presunto conflicto de competencias negativo suscitado entre Colpensiones y el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos. Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Nariño, al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon) y al señor Helman Cardenio Narváez López.

El 14 de diciembre del año 2016, se solicitó telefónicamente al señor Narváez López que allegara al expediente certificación en que constara su afiliación al ISS (ahora Colpensiones), ese mismo día mediante correo electrónico el actor allegó la información solicitada en un (1) folio. Igualmente mediante llamada telefónica a Colpensiones informó que el señor Narváez a la fecha se encuentra activo sin que haya proporcionado ninguna otra información.

III. Argumentos de las partes

1. Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon)

Manifestó que, el señor Narváez López prestó sus servicios en la Cámara de Representantes desde el 4 de agosto de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1990 y en el Senado de la República desde 10 de octubre de 1990 hasta el 23 de diciembre de 1991, motivo por el cual concurrirá con la financiación de la pensión una vez se defina la autoridad administrativa a la que le corresponde pronunciarse de fondo sobre el reconocimiento pensional.

Asimismo, señaló que se abstiene de pronunciarse respecto del conflicto de competencias administrativas suscitado entre Colpensiones y el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño, por desconocer los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a este presunto conflicto (folio 90).

2. Departamento de Nariño - Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño

Indicó que el Fondo Territorial de Nariño no es una entidad administradora del Sistema General de Pensiones, sino que se trata de una cuenta especial adscrita a la Secretaría de Hacienda de ese departamento, que dentro de sus funciones no se encuentra la de reconocer pensiones sino que simplemente se limita a pagar las obligaciones pensionales sustituidas por la extinta Caja de Previsión Social de Nariño y que la responsabilidad del reconocimiento recae exclusivamente sobre Colpensiones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

3. Señor Helman Cardenio Narváez López

Señaló que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto tiene derecho a que su pensión le sea reconocida de conformidad con lo señalado en la Ley 33 de 1985, como quiera que prestó sus servicios en el sector público durante más de 20 años.

Asimismo, manifestó que se le están vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, pues desde que solicitó el reconocimiento pensional han pasado varios años sin obtener el beneficio buscado y, por el contrario, esta situación le ha generado un menoscabo económico.

4. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Colpensiones no se pronunció durante esta actuación ante el Consejo de Estado. Sin embargo, los argumentos que manifestó para declarar su incompetencia se encuentran en las resoluciones GNR 207187 del 11 de julio de 2015, GNR 305958 del 6 de octubre de 2015 y VPB 4774 del 30 de enero de 2016, a través de las cuales concluyó que si bien esa había sido la última entidad a la cual el señor Narváez López cotizó, solo lo hizo por 21

semanas, por lo que no cumple con lo establecido en el Decreto 2709 de 1994 para que Colpensiones pueda considerarse competente.

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

Puede ocurrir que dos o más autoridades se consideren competentes para conocer de un asunto de naturaleza administrativa o que, por el contrario, juzguen ser incompetentes para el efecto. Con el objeto de resolver conflictos de esta índole, el ordenamiento jurídico ha establecido un procedimiento específico, el cual se encuentra consagrado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, que señala:

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

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

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

De acuerdo con estas disposiciones se ha reiterado³⁸ que esta Sala es competente para resolver los conflictos de competencias (i) que se presenten entre autoridades nacionales o en que esté involucrada por lo menos una entidad de ese orden; (ii) que se refieran a un asunto de naturaleza administrativa; y que (iii) versen sobre un asunto particular y concreto.

Como se evidencia del análisis de los antecedentes, el presente conflicto de competencias involucra a una autoridad del orden nacional, Colpensiones, y a una autoridad del orden territorial, el Departamento de Nariño – Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño. Igualmente, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre

38 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 11 de julio de 2016. Radicado. 110010306000201600079-00.

un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para conocer de la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Helman Cardenio Narváez López. Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, “mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”³⁹. El artículo 21 *ibidem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que “[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitatorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente”.

Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”. Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

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

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

2. Aclaración previa

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

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos jurídicos o fácticos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

3. Problema jurídico

El problema jurídico radica en determinar cuál es la entidad competente para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor Helman Cardenio Narváez López, como quiera que tanto Colpensiones como el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño, negaron su competencia para tramitarla.

Colpensiones considera que, en el presente caso se trata de una pensión por aportes y por tal razón se aplica la regla de competencia prevista en el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, según la cual, cuando la persona no ha hecho aportes por más de 6 años al último afiliado, tal como sucede en este caso en donde el señor Narváez López tan solo contaba con 21 semanas cotizadas a Colpensiones al 19 de enero de 2015, la competencia para el reconocimiento pensional recae sobre la entidad en la cual el afiliado realizó el mayor número de aportes, que para el caso es la Gobernación de Nariño.

Por su parte, para el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño el reconocimiento pensional solicitado por el señor Narváez López no puede ser tramitado por esta como quiera que dentro de sus competencias no se encuentra la de reconocer pensiones, sino que su función se limita simplemente al pago pensiones sustituidas de la extinta Caja de Previsión Social de Nariño, tal como se encuentra establecido en su decreto de creación. En consecuencia, considera que la competencia recae en Colpensiones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para resolver el problema jurídico propuesto, la Sala revisará *(i)* el régimen aplicable para resolver el presente conflicto (Régimen de Transición, Régimen Solidario de Prima

Media con Prestación Definida y Régimen Individual con Solidaridad); (ii) el traslado y consecuencias del régimen de ahorro individual; (iii) la situación de las cajas y fondos de previsión territoriales que se liquidaron por virtud de la Ley 100 de 1993 y la función que cumplen los Fondos de Pensiones Territoriales que se crearon para sustituirlas en el pago de sus obligaciones y; (iv) las competencias del Fondo de Previsión Social del Congreso (Fonprecon) y del ISS (hoy, Colpensiones) cuando se liquiden las cajas o fondos territoriales.

4. Análisis del conflicto planteado

4.1 Régimen aplicable para resolver el presente conflicto de competencias administrativas:

4.1.1 Régimen de transición. Artículo 36 de la ley 100 de 1993

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se derogó la mayoría de los diferentes regímenes que existían en materia pensional. Sin embargo, se siguen aplicando a las personas que son beneficiarias del régimen de transición previsto en esta misma ley.

La creación de un régimen de transición constituye un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos exigidos por la ley, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares en el momento del tránsito legislativo.⁴⁰ El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció el régimen de transición aplicable luego de la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral:

Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

(...) [l]a edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley” (Negritas fuera del texto).

Así las cosas, dicho régimen de transición está previsto en favor de tres categorías de trabajadores. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y años; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios

40 Corte Constitucional. C-789 del 24 de septiembre de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, esto es para los empleados del sector público del orden nacional antes del 1º de abril de 1994 y para los empleados del sector público en el nivel territorial, la fecha que haya determinado el respectivo ente territorial que en todo caso debió ser el 30 de junio de 1995, fecha máxima establecida para tal efecto.

Conforme con lo anterior, para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo y el monto de la pensión de vejez, no se requiere cumplir los dos requisitos de edad y de tiempo de servicios cotizados, sino que basta con que se cumpla uno solo de ellos.

Ahora bien, al resultar aplicable el régimen de transición, las personas beneficiarias con el mismo, tienen derecho a solicitar la aplicación de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, que por regla general, son los consagrados en la Ley 33 de 1985⁴¹ y 71 de 1988⁴², siempre que cumplan con los requisitos frente a lo dispuesto en cada uno de ellos.

Ley 33 de 1985

La Ley 33 de 1985 señala los requisitos de tiempo y edad que se deben tener en cuenta para el reconocimiento pensional de las personas que hayan laborado por más de 20 años en el sector público y se aplica a aquellas que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 son beneficiarias del régimen de transición. En efecto, en su artículo 1º preceptúa:

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

Ley 71 de 1988

La Ley 71 de 1988 creó la pensión de jubilación por aportes, mediante la cual le permite a las personas que hayan laborado tanto en el sector público como en el sector privado que puedan sumar los tiempos cotizados en uno y otro sector y completar así el tiempo (20 años) que exige la norma para pensionarse.

Artículo 7º: “A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan

41 “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

42 “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.”

sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer (...).”

Al respecto, es importante señalar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁴³ modificó su jurisprudencia sobre el tema, aclaró que los tiempos laborados por los servidores públicos deben tenerse en cuenta para efectos de la pensión de jubilación por aportes independientemente de que hayan sido cotizados o no. Así se pronunció esa Corporación:

*“En este orden de ideas, conforme a los postulados constitucionales y legales atrás referidos, y frente a la citada decisión del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 5° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, la Corte **estima necesario rectificar su actual criterio** y, en su lugar, adoctrinar que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social**”* (Negrillas fuera de texto).

La Sala ha manifestado en diversas oportunidades⁴⁴, que la pensión por aportes se presenta cuando para acceder a la prestación el interesado necesita sumar tiempos servidos en el sector público y en el sector privado⁴⁵, con base en los cuales se hicieron aportes a entidades de previsión social exclusivas de servidores públicos y al Instituto de Seguros Sociales.

Finalmente, la pensión por aportes debe reclamarse ante la última entidad a la cual se cotizó, siempre y cuando el tiempo cotizado en esta sea superior a seis (6) años. En caso contrario, la reclamación deberá dirigirse a la entidad en la que se cotizó durante más tiempo. Así lo ordenó el Decreto 2709 de 1994, aún vigente, en los siguientes términos:

“Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes”

43 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 4457 del 26 de marzo de 2014, rad. 43904.

44 Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 18 de junio de 2015. Radicado 11001030600020150003100; decisión de 7 de diciembre de 2015. Radicado 11001030600020150014300; decisión de 4 de febrero de 2016. Radicado. 1100103600020150017700; decisión de 18 de julio de 2016. Radicado. 11001030600020160004000.

45 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 4 de febrero de 2016. Radicado 1100103600020150017700. En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-045 de 2016 señaló: “En síntesis, la pensión de jubilación por aportes permite la acumulación de tiempos de servicio y/o cotizados al sector público y privado (...).” (Subraya la Sala).

4.1.2 Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

La Ley 100 de 1993⁴⁶ creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones *excluyentes* pero que coexisten: (i) Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y (ii) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad⁴⁷.

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es “*aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título*”.

Es un régimen solidario de prestación definida; los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia; los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley y el Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados⁴⁸.

El monto de la pensión, la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización están debidamente preestablecidas en la ley. En el RPM el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro, sino del tiempo acumulado y el salario base de cotización. No es posible ni incrementar el monto de la pensión, ni anticipar la misma. En ningún caso el valor total de la pensión podrá ser superior al 80% del ingreso base de liquidación. Es administrado por el Instituto de Seguro Sociales hoy Colpensiones y por las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan⁴⁹.

En cuanto al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, está definido en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 como “*el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados*”

En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal⁵⁰

Finalmente, una de las características principales tiene que ver con que no hay requisitos de edad ni de semanas cotizadas para poder acceder a la pensión, lo que se exige es que en la cuenta de quien está aportando para su pensión exista como mínimo

46 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

47 Ley 100 de 1993, Artículo 12.

48 Ley 100 de 1993, Artículo 32.

49 Ley 100 de 1993, Artículo 52.

50 Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

un capital suficiente para pagar una pensión equivalente, al menos, al 110% del salario mínimo reajustando con el IPC⁵¹.

4.1.3 Traslado del régimen de ahorro

La misma Ley 100 de 1993 otorgó la posibilidad de trasladarse de régimen. Sin embargo, los incisos 4º y 5º del artículo 36 *ibídem* son claros en señalar que las personas beneficiadas con régimen de transición pierden sus beneficios al trasladarse al régimen de ahorro individual o cuando se acogen inicialmente al mismo, así:

*(...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, **no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen** (negrillas extratextuales).*

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida (...)

En ese mismo sentido el Decreto 813 de 1994⁵² reglamentario del artículo 36 de 1993, aclaró en qué eventos los afiliados pierden los beneficios del régimen de transición y al respecto estableció:

Artículo 4. Pérdida de beneficios. Pérdida de beneficios. El régimen de transición previsto en el artículo anterior dejará de aplicarse en los siguientes casos.

1. Cuando se seleccione el régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se aplicará lo previsto en dicho régimen, inclusive se traslada de nuevo al régimen de prima media con prestación definida.
2. Cuando el afiliado se vincula a empresas o entidades que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, están excluidas de la aplicación del sistema general de pensiones”.

Al respecto la Corte Constitucional⁵³ en varios pronunciamientos ha dicho lo siguiente:

“BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN-Pierden tal condición las categorías i) y ii) de mujeres mayores de 35 y hombres mayores de 40, si se afilian o se trasladan al régimen de ahorro individual

Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres,

51 Ley 100 de 1993, Artículo 64.

52 “Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993”.

53 Corte Constitucional. Sentencia C- SU130 del 13 de marzo de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Martelo.

pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida. En estos términos, los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, pero en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, para efectos de adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán necesariamente cumplir los requisitos previstos en el Ley 100/93 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable” (negrillas fuera de texto).

La Sala de Consulta sobre el particular ha aclarado lo siguiente⁵⁴:

“Si bien es cierto que aquellas personas que se beneficiaron con la aplicación del régimen de transición pierden la posibilidad de acogerse a este si se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, aunque regresen después al de prima media, como lo dispone el mismo artículo 36 de la Ley 100, la Corte Constitucional en varias sentencias⁵⁵ ha manifestado que en el caso particular de aquellos que, a la entrada en vigencia de la citada ley hubieran cotizado más de quince (15) años, pueden recuperar los beneficios del régimen de transición si se trasladan de nuevo al régimen de prima media con prestación definida y cumplen los siguientes requisitos adicionales: (i) trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal que hubieran debido realizar en el evento de que hubiesen permanecido en el régimen de prima media”.

La posibilidad de recuperar el régimen de transición con el cumplimiento de las condiciones señaladas fue elevada al carácter de norma por el Gobierno nacional en el Decreto 3800 de 2003⁵⁶, cuyo artículo 3º disponía originalmente:

*“Artículo 3º. Aplicación del Régimen de Transición. En el evento en que una persona que a 1º de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando **cumplan con los siguientes requisitos:***

54 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado N° 11001-03-06-000-2014-00115-00 del 30 de julio de 2014.

55 (23) Principalmente en las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010.

56 (24) “Por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003”.

a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y

b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

“En tal evento, el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual le será computado al del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

“Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional”.

Los apartes subrayados fueron declarados nulos por el Consejo de Estado en sentencia del 6 de abril de 2011⁵⁷, en la cual se consideró que el Gobierno nacional se había excedido en el ejercicio de su facultad reglamentaria, porque, so pretexto de reglamentar el artículo 13 de la Ley 100, terminó reglamentando el régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem, y además creó requisitos adicionales para retornar al régimen de transición, no previstos en la ley ni señalados por la jurisprudencia constitucional.

En la providencia citada se resumen las exigencias que la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado para recuperar la aplicación del régimen de transición así:

“En síntesis, la Sala recuerda que los requisitos que debe cumplir un afiliado para trasladarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida sin perder el beneficio del régimen de transición, son los siguientes:

- a) Que el afiliado tenga a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 1º de abril de 1994, o a la fecha en que haya entrado en vigencia en el respectivo nivel territorial, quince (15) años de servicios cotizados para la pensión de vejez, equivalentes a setecientos cincuenta (750) semanas.
- b) Que traslade al Instituto de Seguros Sociales todos los aportes para pensión que haya acumulado en su cuenta de ahorro individual.
- c) Que el ahorro efectuado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (aportes voluntarios y obligatorios), incluidos sus rendimientos y el valor correspondiente del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del referido régimen... no resulte inferior al monto total que habría obtenido en caso que hubiere permanecido todo el tiempo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

“La referida sentencia SU-062 de 2010 permite que el afiliado que no cumpla este último requisito consigne a favor del Seguro Social o la entidad que administre el régimen de prima media, el valor de la diferencia entre el valor acumulado en la Administradora de Pensiones y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiera permanecido en el régimen de prima media. En la Circular Externa No. 006 de 2011 de la Superintendencia Financiera se hace mención a estos requisitos y se establecen dos meses como plazo razonable para el pago de tal diferencia, sin perjuicio que las entidades de pensiones establezcan uno diferente”.

4.2. Falta de competencia para el reconocimiento pensional por parte de los Fondos Territoriales

4.2.1. Liquidación de las cajas y fondos de previsión de pensiones territoriales y creación de los Fondos Territoriales de Pensiones. Por regla general no tienen competencia para reconocer pensiones salvo que su acto de creación lo establezca expresamente

El artículo 52 de la Ley 100 de 1993⁵⁸ estableció que el ISS sería el administrador general del régimen pensional de prima media con prestación definida y que las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas solo cumplirían dicha función *únicamente respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran*.

También se ha puesto de presente que el Decreto 692 de 1994⁵⁹ dispuso en su artículo 34 (i) que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por las cajas fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994 **mientras subsistieran** y (ii) que las entidades diferentes del ISS solo podrían administrar el régimen de prima media respecto de las personas que a 31 de marzo de 1994 fueren sus afiliados, no pudiendo en consecuencia, recibir nuevos afiliados a partir de dicha fecha. En el caso de las cajas o entidades de administración de pensiones del nivel departamental, municipal o distrital se ha advertido que el mismo Decreto 692 solo permitió continuar afiliando a trabajadores de esos niveles territoriales del sector público hasta el momento que señale el **respectivo alcalde o gobernador sin que excediera el 30 de junio de 1995**⁶⁰.

Posteriormente, en la medida que se adelantaba el proceso de liquidación de las cajas y entidades territoriales insolventes, el Decreto Extraordinario 1296 de 1994⁶¹ autorizó que a más tardar el 30 de junio de 1995, se crearan fondos de pensiones territoriales encargados de sustituirlas, cuyas funciones se precisaron así:

58 Ley 100 de 1993 “Artículo 52. Entidades Administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.//Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley (Resalta la Sala).

59 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

60 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 17 de septiembre de 2015. Radicado. 11001030600020150005100.

61 “Por el cual se establece el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas”.

“Artículo 4º.- Funciones. Los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas tendrán las siguientes funciones en la respectiva entidad territorial:

1.- **Sustituir el pago de las pensiones de vejez o jubilación**, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, a cargo de las cajas o fondos pensionales públicos, y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales.

2.- **Sustituir a las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes pertenecientes a la entidad territorial, en lo relacionado con el pago de pensiones** de aquellas personas que han cumplido el tiempo de servicio pero no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, una vez se reconozcan, siempre y cuando no se encuentren afiliados a ninguna otra administradora del régimen de pensiones de cualquier orden”.

3.- **Sustituir a las entidades territoriales, establecimientos públicos, y empresas industriales y comerciales pertenecientes a la entidad territorial, que tengan a su cargo el pago directo de pensiones, cuando ello se decida.** (...)

Parágrafo.- En el acto en que se ordene la organización o constitución de cada Fondo de Pensiones Territoriales, **se podrá establecer su capacidad para asumir el reconocimiento de pensiones que venían efectuando las entidades a quienes sustituya.**” (Resalta la Sala)

De acuerdo con esta disposición legal la Sala ha señalado, como ahora se reitera, que por regla general los Fondos de Pensiones Territoriales solamente sustituyeron a las cajas de previsión y fondos territoriales **en el pago** de las pensiones que estaban a su cargo y solo excepcionalmente puede establecerse su capacidad de reconocer nuevas prestaciones a futuro cuando así lo determine expresamente el acto de su creación⁶². Por tanto, si no se les atribuyó expresamente esa facultad de reconocer pensiones, carecerán de competencia para tal efecto.

En este sentido, se debe tener en cuenta que el Decreto 1068 de 1995⁶³ que reglamentó el Decreto Extraordinario 1296 de 1994⁶⁴ precisó que los servidores públicos que eligieran el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida que se encontraran afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial **declarada insolvente**, podrían continuar vinculados a dicha Institución *solamente* hasta la fecha de corte de cuentas⁶⁵. Por ende, **los afiliados no pensionados de cajas insolventes**, tenían una fecha límite de vinculación con tales cajas, luego de lo cual

62 Ver entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 17 de septiembre de 2015. Radicado 11001030600020150005100 y decisión de 11 de julio de 2016. Radicado. 110010306000201600079-00.

63 “Por el cual se reglamentó la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los Fondos de Pensiones del Nivel Territorial y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial”.

64 De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 1º del Decreto 691 de 1994 “Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones”.

65 “Artículo 3º. Situaciones especiales de afiliación. (...)

Los servidores públicos que elijan el régimen solidario de prima media con prestación definida que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial declarada insolvente, podrán continuar vinculados a dicha institución hasta la fecha de corte de cuentas de que trata el artículo 24 de este decreto, sin que sea necesario el diligenciamiento de formulario o comunicación alguna”.

entraban a operar las competencias del ISS como administrador general del sistema de prima media con prestación definida⁶⁶.

Precisamente, el artículo 5º del mismo Decreto 1068 de 1995 señaló los efectos de la afiliación, una vez se hubiese escogido el régimen, y dispuso que sería responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas *la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente*⁶⁷.

Igualmente, el artículo 13 del mismo Decreto 1068 de 1995⁶⁸ es claro en disponer que la sustitución por parte de los fondos de pensiones territoriales es para el pago de las pensiones y no para el reconocimiento de prestaciones no causadas a cargo de *las cajas o fondos territoriales insolventes*, es decir, que los fondos de pensiones territoriales asumieron esencialmente el pago de las pensiones *ya reconocidas* por las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial declaradas insolventes, más no aquellas de personas que si bien estaban afiliadas a los respectivos fondos aún no habían causado el respectivo derecho.

4.2.1.1. Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño: el acto de creación restringe los casos en que puede hacer nuevos reconocimientos pensionales

Establecido entonces que los fondos de pensiones territoriales solo son competentes para reconocer pensiones cuando el acto de creación así lo haya establecido expresamente, la Sala pasa a revisar la situación particular del Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño. El Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño fue creado por el Decreto 351 del 16 abril de 1996⁶⁹ como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita a la Secretaría de Hacienda del departamento de Nariño, cuyos recursos son administrados mediante encargo fiduciario (folio 75 al 81).

Ahora bien, el artículo 3º del Decreto eiusdem señala el objeto del Fondo Territorial en los siguientes términos: *“El Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño tiene por objeto establecer el régimen general de pensiones públicas que sustituya el pago de pensiones que a la fecha han venido adelantando la Caja de Previsión social de Nariño y el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de educación de Nariño, en el Departamento”*.

De este modo se observa que el Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño sí le fue asignada una competencia expresa de reconocimiento pensional, aunque, no general sino limitada a las hipótesis del artículo 4º del mismo acto de creación que señala:

“Artículo 4º Funciones. El Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño tendrá las siguientes funciones: “1) Sustituir el pago de las pensiones de vejez o

66 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 11 de julio de 2016. Radicado 11001030600020160007900.

67 *Ibidem*.

68 *“Artículo 13. Sustitución en el pago de las pensiones. El pago de las pensiones a cargo de las cajas, fondos, entidades de previsión social del sector público del nivel territorial declaradas insolventes y de los entes territoriales, será asumido por el respectivo Fondo de Pensiones Territorial.”*

69 *“Por medio de la cual se crea el Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño.”*

jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, que a la fecha estaban a cargo de la Caja de Previsión Social y el Fondo de Prestacional del Magisterio y empleados de la Educación de Nariño; 2) Sustituir a la Caja de Previsión de Nariño, declarada insolvente para atender pensiones, mediante decreto en lo relacionado al pago de pensiones de aquellas personas que han cumplido el tiempo de servicio pero no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho de pensión, una vez se reconozca siempre y cuando no se encuentren afiliadas a ninguna otra administradora del régimen de pensión en cualquier orden; 3) Sustituir a la Caja de Previsión social y al Fondo Prestacional del Magisterio, en el pago directo de pensión que tengan a su cargo, cuando ello se decida.(...) 7) Liquidar y sustituir en los pagos de los bonos pensionales de que trata el artículo 123 de la ley 100 de 1993 (sic), los cuales estarán a cargo del Departamento y del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio”.

De esta manera, entonces es claro que el Fondo Municipal de Pensiones Públicas de Nariño, tiene la competencia para reconocer y pagar las pensiones de los trabajadores afiliados a la Caja de Previsión Municipal de Nariño que para el 30 de junio de 1995 hubiesen cumplido la edad de 55 años si es mujer y 60 años si es hombre y, además, acreditaran para ese momento 20 años continuos o discontinuos de servicio.

4.4 Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon)

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), fue creado por el artículo 14 de la Ley 33 de 1985 así:

“Artículo 14. Créase como establecimiento público del orden nacional, esto es, como un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad social, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República”.

Una de sus funciones principales es el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del Congreso, entre otros servidores públicos. Dice la respectiva norma de la misma ley:

“Artículo 15. Además de la función que la ley señala a los organismos de Previsión Social, el Fondo cumplirá las siguientes actividades:

*1. Efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los Congresistas, **de los empleados del Congreso** y de los empleados del mismo Fondo. (...)” (Destaca la Sala).*

Como ya lo ha dicho la Sala, las normas no deben estudiarse de manera separada, sino que por el contrario, con el fin de definir a fondo de los diferentes casos que se presentan, deben ser estudiadas sistemáticamente con las demás normas preexistentes respecto a pensiones. En este orden de ideas, además de estudiar la competencia dada por las normas señaladas antes, se debe revisar la competencia otorgada también por

los Decretos 813 de 1994 y 2527 de 2000, mediante los cuales se le asignó competencia a los Fondos, así:

El artículo 6º del Decreto 813 de 1994 dispone lo siguiente:

“Artículo 6º. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos.- *Tratándose de **servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social**, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

*a) Cuando **a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 o más años continuos o discontinuos de servicio al Estado**, cualquiera sea su edad, o **cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre**, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión **a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.** (...)” (Destaca la Sala).*

De conformidad con el literal a) de la norma descrita, en el caso concreto el actor sí contaba con más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994). Sin embargo, al momento de cumplir la totalidad de los requisitos contemplados por la ley para el reconocimiento pensional no se encontraba afiliado a Fonprecon.

Adicionalmente, el artículo 1º del Decreto 2527 de 2000, “Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones”, también prescribe de manera general lo siguiente:

“Artículo 1º. Reconocimiento a cargo de las Cajas, Fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. *Las Cajas, Fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, exclusivamente en los siguientes casos: (...)*

3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, Caja o Fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al Sistema General de Pensiones. (...)” (Resalta la Sala).

El Decreto 2527 de 2000 otorga la competencia de reconocimiento y pago a los Fondos Públicos o Cajas que subsistan, a aquellas personas que estén o **no afiliados al sistema general de pensiones** en el momento de cumplir con los requisitos para su pensión, siempre y cuando cumplan con las siguientes condiciones:

Cuando las personas tuvieran el carácter de afiliados a dicho fondo a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, bien sea el caso el 1° de abril de 1994 para los trabajadores de carácter nacional, o 30 de junio de 1995 para los trabajadores territoriales, y

Cuando a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones estos hubieren cumplido con 20 años de servicio o las cotizaciones que la entidad exija.

Como se analiza de la situación fáctica del actor se puede establecer que para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, bien sea el 1° de abril de 1994 o el 30 de junio de 1995, en ninguno de esos dos momentos el señor Narváez se encontraba laborando en alguna entidad, y tampoco existe prueba dentro del expediente con la que se pueda establecer que cotizó como independiente a cualquier otra entidad de previsión social. Asimismo, para cualquiera de estas dos fechas el señor Narváez tampoco contaba con los veinte (20) años de servicio ni con las cotizaciones que manda el numeral 3° *ibídem*.

Así las cosas, aun cuando Fonprecon subsiste en la actualidad, no es la entidad que está llamada a continuar con el trámite de solicitud de pensión presentado por el señor Helman Cardenio Narváez López.

4.5. Competencia del ISS (hoy, Colpensiones) en los casos de liquidación de cajas o fondos territoriales.

En este punto (de liquidación de una caja de previsión territorial y de creación de un fondo territorial de pensiones sin competencia para reconocer nuevas prestaciones de este tipo), la Sala ha puesto de presente la aplicación del Decreto 813 de 1994, en el cual se incluyeron expresamente las reglas de competencia para decidir, entre otras, las solicitudes de reconocimiento pensional de las personas en régimen de transición, cuyas cajas o fondos fueran liquidadas, así:

“Artículo 6. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. *Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

a) Cuando a 1° de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 o más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.

ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1 de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el gobierno nacional”. (Resalta la Sala)

Así, la Sala ha señalado con base en esta disposición, que el Instituto de Seguros Sociales (ISS) adquirió la competencia para reconocer y pagar la pensión de los afiliados de las cajas y fondos de previsión (incluidos los territoriales) respecto de los cuales se ordenará su liquidación, evento en el cual, conforme lo dispone el literal b) de la misma norma, surge el derecho a obtener un bono pensional para aquellos servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraban afiliados⁷⁰.

La anterior regla de competencia, se complementa con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2527 de 2000⁷¹ que establece que las Cajas, Fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas **“mientras subsistan dichas entidades”** respecto de quienes tengan el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y **exclusivamente** en los casos que contempla la norma para los servidores públicos del orden territorial⁷².

5. El caso concreto

Antes de entrar en el fondo del asunto, es preciso aclarar frente a la parte resolutive del primer acto administrativo emitido por Colpensiones N° 207187 el 11 de julio de 2015, en la que resolvió “[n]egar el Reconocimiento y pago de la pensión de VEJEZ por falta de

70 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 11 de julio de 2016. Radicado 11001030600020160007900.

71 “Artículo 1º-Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, **continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades** respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, **exclusivamente en los siguientes casos:** // 1. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden nacional hubieren cumplido a 1º de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media. // 2. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden territorial hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en la entidad territorial del domicilio de la caja, fondo o entidad pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media. // 3. cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones (...)” (Resalta la Sala).

72 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 17 de septiembre de 2015. Radicado. 11001030600020150005100.

competencia”, que como lo ha señalado antes la Sala⁷³, esta es una “forma equivocada en que parece estar dando trámite a estas situaciones, pues en vez de remitir a la autoridad competente o generar ante esta Sala el respectivo conflicto de competencias administrativas, **lo que hace es producir un acto administrativo aparentemente “de fondo” negando la prestación por falta de competencia**”(…) Esa circunstancia desconoce lo previsto en el artículo 39 del CPACA, además de que retrasa la actuación y lleva a confusión a los interesados. Se recuerda entonces que si una autoridad no es competente para conocer un asunto está obligada a remitir la actuación a la que si lo es; y si esta última también se considera incompetente debe generar de inmediato el conflicto administrativo de competencias ante esta Sala o los Tribunales Administrativos en los términos del artículo 39 del CPACA para que se defina de fondo y a la mayor brevedad posible lo pertinente”. (Subraya la Sala).

Así las cosas, el acto administrativo emitido por Colpensiones no se puede catalogar como un acto definitivo, pues si bien está diciendo negar el reconocimiento pensional del actor, lo hizo por falta de competencia, omitiendo de esta manera el trámite que realmente debió darle y permitiendo así que también la Gobernación del Departamento de Nariño, al declarar incompetente al Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento de Nariño para dicho reconocimiento, se generará el conflicto de competencia que hoy tiene lugar en este expediente.

Ahora bien, teniendo en cuenta la situación fáctica que se presenta en este caso, la entidad competente para estudiar la solicitud de reconocimiento pensional del señor Helman Cardenio Narvárez López es la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, conclusión a la que llega la Sala con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se observa que los tiempos de servicio cotizados por el señor Narvárez son los siguientes:

EMPLEADOR	ENTIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL A LA QUE COTIZÓ O ENTIDAD RESPONSABLE	PERIODO		Total días laborados
		Desde	Hasta	
Alcaldía municipal de El Tambo	Alcaldía municipal de El Tambo	8 de enero de 1976	2 de agosto de 1986	3858
Cámara de Representantes	Fonprecon	4 de agosto de 1986	30 de septiembre de 1990	1518
Senado de la República	Fonprecon	10 de octubre de 1990	23 de diciembre de 1991	439
Gobernación de Nariño	Previnar de Nariño	14 de abril de 1992	4 de mayo de 1993	385

73 Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio civil, decisión del 9 de abril de 2015. Radicado N° 1100103060002015-00115-00.

EMPLEADOR	ENTIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL A LA QUE COTIZÓ O ENTIDAD RESPONSABLE	PERIODO		Total días laborados
		Desde	Hasta	
Alcaldía municipal de El Tambo	Alcaldía municipal de El Tambo	1 de enero de 1995	15 de febrero de 1995	45
		3 de agosto de 1996	22 de septiembre de 1998	780
		3 de marzo de 1999	6 de mayo de 1999	64
		12 de mayo de 1999	3 de agosto de 1999	83
Asamblea Departamental de Nariño	Asamblea Departamental de Nariño	1 de febrero de 2001	30 de julio de 2001	179
Aportes como Independiente	Colpensiones	1 de enero de 2012	31 de mayo 2012	151
Total de días trabajados		7502		
Equivalencia en años y meses		20 años, 6 meses, 19 días		

En el segundo lugar, como atrás se manifestó, de una parte, el Fondo Municipal de Pensiones Públicas de Nariño, solo tiene competencia para reconocer y pagar las pensiones de los trabajadores afiliados a la Caja de Previsión Municipal de Nariño que para el 30 de junio de 1995 hubiesen cumplido la edad de 55 años si es mujer y 60 años si es hombre y, además, acreditaran para ese momento 20 años continuos o discontinuos de servicio”, situación en la que claramente no se encuentra el señor Narváez López.

En tercer lugar, para el presente caso encuentra la Sala que el certificado emitido por Colpensiones, da cuenta de que el actor estuvo afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Colmena S. A. desde el 12 de junio de 1998, sin que pueda evidenciar con exactitud el tiempo que estuvo en este fondo, ni tampoco si realizó o no cotizaciones. Sin embargo, en esa misma certificación se señala que existió un “traslado aprobado de un Fondo Pensiones al ISS” ahora Colpensiones el 15 de abril de 2008.

Dadas las anteriores circunstancias, la Sala debe aclarar varios puntos a saber:

Si bien es cierto que aquellas personas que se beneficiaron con la aplicación del régimen de transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pierden la posibilidad de acogerse a este si se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, aunque regresen después al de prima media, como lo dispone el mismo artículo, la Corte Constitucional en varias sentencias⁷⁴ ha manifestado que en el caso particular de aquellos

74 Principalmente en las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010.

que, a la entrada en vigencia de la citada ley hubieran cotizado más de quince (15) años, pueden recuperar los beneficios del régimen de transición si se trasladan de nuevo al régimen de prima media con prestación definida y cumplen los siguientes requisitos adicionales: (i) trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal que hubieran debido realizar en el evento de que hubiesen permanecido en el régimen de prima media.

Tal como se deduce claramente de las normas y la jurisprudencia estudiada en un capítulo anterior, las personas que habiendo cotizado durante más de quince (15) años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, como sucedió con el señor Narváez López, aunque perdieron inicialmente los beneficios del régimen de transición, pueden recuperarlos en cualquier tiempo si regresan al régimen de prima media con prestación definida y cumplen las demás condiciones señaladas previamente.

La Sala no puede determinar si en el presente caso el señor Narváez recuperó o no los beneficios del citado régimen, o si aún puede hacerlo, pues, por una parte, excedería su órbita de competencia, que no incluye el ejercicio de funciones judiciales, además del objeto al cual se contrae la resolución de los conflictos de competencia administrativa, y por otro lado, tampoco tiene la información que le permita hacerlo, sobre todo en lo atinente a la equivalencia entre los ahorros efectuados en el sistema de ahorro individual y los aportes que debieron haberse realizado en el de prima media.

Sin embargo, es necesario advertir que tal verificación **debe ser realizada por la entidad que se declare competente para resolver de fondo sobre el reconocimiento y pago de la pensión** solicitada (en este caso Colpensiones), con el fin de determinar si el peticionario recuperó los beneficios del régimen de transición, o si puede recuperarlos mediante el abono de la suma adicional que sea necesaria, análisis que se echa de menos en las resoluciones expedidas por Colpensiones mediante las cuales declaró su incompetencia.

2. Colpensiones dentro de las resoluciones con las que se declaró incompetente para el reconocimiento prestacional solicitado por el señor Narváez López, argumentó que este cotizó en dicha entidad solo 21 semanas a la fecha de 19 de enero de 2015, tiempo que no equivale a los 6 años que se exige como mínimo en el Decreto 2709 de 1994, que reglamentó el artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

No obstante, observa la Sala que no es necesario tomar en cuenta el tiempo que cotizó como independiente para determinar el régimen prestacional y, por consiguiente, la competencia con el fin de establecer si procede el reconocimiento por él solicitado.

En efecto, no es posible la aplicación de la Ley 71 de 1988, como lo consideró Colpensiones, pues el señor Narváez López, según se desprende de los certificados de información laboral (F1, F2, y F3 exigidos por la ley), prestó servicios y cotizó de manera discontinua desde el 8 de enero de 1976 hasta 30 de julio de 2001 y completó

así los 20 años de cotizaciones en el sector público con cotizaciones efectuadas a cajas, fondos o entidades de previsión exclusivas de servidores públicos, de manera que no requiere para acceder a la prestación sumar tiempos de servicios con el sector privado ni como independiente -con aportes hechos al Instituto de Seguros Sociales (ISS)-. En consecuencia, el Decreto 2709 de 1994 tampoco le puede ser aplicado, pues este reglamentó la Ley 71 de 1988 y no la Ley 33 de 1985 o la Ley 100 de 1993.

Finalmente aclara la Sala que, con independencia de que se declare competente a la Administradora Colpensiones, única que en la actualidad se encuentra encargada del manejo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es menester que esta analice si el señor Narvárez López es beneficiario o recuperó o no -según la jurisprudencia constitucional- el régimen de transición, para determinar si su solicitud debe ser estudiada en virtud de la Ley 33 de 1985 o si deberá resolverse de conformidad con la Ley 100 de 1993, todo ello sin perjuicio de la obligación económica que le asista, eventualmente, a otras entidades o fondos, de contribuir proporcionalmente al financiamiento de dicha prestación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Helman Cardenio Narvárez López.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al Fondo Territorial de Pensiones del departamento de Nariño, al fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon) y al señor Helman Cardenio Narvárez López.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

4. Conflicto negativo de competencias administrativas entre el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Asunto: Reliquidación pensional del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla.

Radicado 2016-00162

Fecha: 20/02/2017

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

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

I. Antecedentes

Con base en la información relacionada en el expediente, se exponen a continuación los antecedentes que dan origen al presente conflicto:

1. El señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.176.169 de Bogotá, nació el 30 de mayo de 1952 en Bogotá. De acuerdo con su historia laboral, el ciudadano laboró en:
 - En el Ministerio de Minas y Energía, desde el 1 de febrero de 1973 al 30 de septiembre de 1993. Durante su vinculación a esta entidad cotizó a Cajanal, hoy UGPP.
 - En el Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas (INEA), desde 14 de enero de 1994 al 31 de enero de 1994. Durante su vinculación a esta entidad cotizó al Instituto de Seguros Sociales-ISS, hoy Colpensiones.
 - En el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República del 21 de Abril de 1995 al 18 de agosto de 1997. Durante su vinculación a esta entidad cotizó a Fonprecon.
 - En la Empresa de Energía de Cundinamarca del 1 de febrero de 1995 al 31 de diciembre de 1995. Durante su vinculación a esta entidad cotizó al Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones.
 - En Planer Ltda. del 1º de marzo de 1998 al 31 de diciembre de 1999. Durante su vinculación a esta empresa cotizó al Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones.

2. El 9 de mayo de 2007 el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla radica solicitud de reconocimiento y pago de su pensión de jubilación al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.
3. Fonprecon a través de Auto del 16 de Mayo de 2007 decidió abstenerse de resolver la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación radicada por el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla y remite los respectivos documentos a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), para lo de su competencia.
4. El 26 de marzo de 2009 el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla radica derecho de petición ante Cajanal, con el fin de solicitar información sobre el proceso de reconocimiento y pago de su pensión de jubilación (folio 41).
5. Buenfuturo, patrimonio autónomo destinado a la administración de los recursos que se trasladaron para sufragar los gastos asociados al trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales de Cajanal en liquidación, remite oficio el 15 de Junio de 2011 al señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, solicitándole información adicional para continuar con el trámite de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.
6. El 25 de julio de 2011 el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, radica la documentación solicitada por Buenfuturo, con el fin de que continúen con el trámite para el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.
7. La Caja Nacional de Previsión Social expide la Resolución UGM 018312 del 24 de noviembre de 2011, negando la solicitud de pensión de jubilación del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla arguyendo que el solicitante no aportó los documentos necesarios para resolver la petición.
8. El señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla interpone recurso de reposición en contra de la Resolución UGM 018312 del 24 de noviembre de 2011, argumentando que presentó los documentos solicitados por la entidad para resolver sobre su pensión de jubilación, por lo tanto esta debía ser reconocida y pagada.
9. La Caja Nacional de Previsión Social, a través de la Resolución UGM 059034 del 23 de noviembre de 2012, resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla en contra de la Resolución UGM 018312, y resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución recurrida.
10. El 31 de enero de 2013, el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, solicita nuevamente al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.
11. El 10 de julio de 2013 el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, radica documentos y solicita el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP).

12. La UGPP emitió el Auto ADP 013029 del 25 de septiembre de 2013, a través del cual remite la solicitud pensional del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, debido a que esta fue la última caja a la cual aportó el señor Rojas. Esta remisión la hace fundamentada en lo establecido por el Decreto 813 de 1994.
13. El 16 de diciembre de 2013 el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla radica derecho de petición en la UGPP, en el cual solicita información respecto a su trámite de reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.
14. La UGPP el 9 de enero de 2014 da respuesta al derecho de petición radicado por el señor Rojas en el mes de diciembre del año anterior, y le informa que el 28 de octubre de 2013 le dio traslado a Colpensiones para que estudie y decida sobre el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.
15. La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) expidió la Resolución GNR 29657 del 10 de febrero de 2015, por medio de la cual **reconoció** a favor del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla una pensión de vejez *conforme al artículo 7 de la Ley 71 de 1988*.
16. El 6 de mayo de 2015 el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla solicita a Colpensiones que se le reliquide la pensión con arreglo a las condiciones establecidas por la Ley 33 de 1985.
17. La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) expidió la Resolución GNR 347067 del 3 de noviembre de 2015, a través de la cual niega su competencia para resolver la solicitud de reliquidación, con el argumento de que en su momento *no tenía competencia para haber reconocido la pensión inicialmente otorgada mediante la Resolución GNR 29657 del 10 de febrero de 2015, por lo que ahora tampoco tiene competencia para resolver la solicitud de reliquidación*. Además, en la misma respuesta le solicita al peticionario su autorización para revocar la Resolución inicial de reconocimiento pensional:

“[...] Requerir y solicitar al señor Rojas Bonilla Óscar Eduardo, ya identificado, para que presente documento donde autorice la revocatoria del acto administrativo GNR 29657 de 10 de febrero de 2015, [...]”
18. El 19 de noviembre del 2015 el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla radicó recurso de reposición en contra de la Resolución GNR 347067 del 3 de noviembre de 2015, con el fin de que se le concediera la reliquidación de la pensión con arreglo a las condiciones establecidas por la Ley 33 de 1985.
19. La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) expidió la Resolución GNR 5270 del 8 de enero de 2016, por medio de la cual decidió confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución GNR 347067 del 3 de noviembre de 2015.

20. A través de la Resolución VPB 15205 del 5 de abril de 2016, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), resolvió el recurso de apelación presentado por el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla en contra de la Resolución GNR 347067 del 3 de noviembre de 2015 y decidió confirmar en todas sus partes la Resolución 347067 del 3 de noviembre de 2015.
21. El 15 de septiembre de 2016 la doctora Claudia Rocío Sosa Varón, apoderada del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla radicó ante esta Sala solicitud de Resolución de conflicto negativo de competencias administrativas entre la Fonprecon, la UGPP y Colpensiones, en procura de definir la entidad competente para resolver lo relacionado con la pensión de vejez de su apoderado.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite de este conflicto. Consta que se informó sobre el presente conflicto a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), a la doctora Claudia Rocío Sosa Varón y al señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, con el fin de que pudieran presentar sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente.

En razón a que dentro del expediente no se encontró información sobre la vigencia de la Resolución GNR 29657 del 10 de febrero de 2015 (de reconocimiento pensional), a través de Auto del 22 de noviembre de 2016 se decidió solicitar información adicional a Colpensiones, para que informara a este despacho sobre la firmeza y cumplimiento de la mencionada Resolución

III. Argumentos de las partes

1. Del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon)

Esta entidad señaló que no es competente para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, en razón a que el solicitante había cotizado y aportado para pensión por más de 20 años a Cajanal y conforme a lo establecido en el Decreto 2527 de 2000, la competencia no estaba en cabeza de Fonprecon sino de Cajanal, para lo cual remitió la solicitud a dicha entidad.

2. De la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

Afirmó que esa Unidad no es competente para conocer de la solicitud del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, con base en lo establecido en los artículos 4 y 34 de la Ley 692 de

1999 y los Decretos 813 de 1994, 2527 de 2000 y 2196 de 2009. De igual forma, analizó las reglas de competencia establecidas entre la UGPP y Colpensiones, y señaló que la competencia para el reconocimiento pensional es de Colpensiones, cuando:

“[...]4. El causante cumple 20 años de servicio cotizando con la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), sin cumplir el requisito de la edad, antes del 1º de abril de 1994 y se retira de Cajanal antes del 1º de julio de 2009, por traslado voluntario al ISS, cumpliendo la edad estando afiliado al ISS.

5. Cuando el servidor público en cualquier momento se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo tanto, la competencia para resolver la situación pensional del señor Rojas Bonilla es de Colpensiones.

3. De la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Colpensiones parte señalando que el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla es beneficiario del régimen de transición dado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que al momento de entrar a regir el sistema general de pensiones para servidores públicos, es decir el 1º de abril de 1994, el señor Rojas ya contaba con 42 años de edad. Posteriormente, señaló que la norma aplicable al caso del señor Rojas es *la Ley 33 de 1985*, en razón a que laboro 20 años continuos como empleado del Ministerio de Minas y Energía, período en el cual aportó a Cajanal.

De otro lado indica que si bien es cierto que el señor Rojas adquirió su estatus pensional el 30 de mayo de 2007, y se encontraba cotizando a Colpensiones, estos aportes provenían de entidades privadas y equivalen a 193.87 semanas.

Finalmente, concluye que el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla al contar con más de 20 años de cotizaciones exclusivas a Cajanal, la prestación que reclama debe ser estudiada a la luz de la Ley 33 de 1985 y con base en los Decretos 2527 de 2000, 5021 de 2009 y 4269 de 2011, y es así que la entidad competente para estudiar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor Rojas es la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) (folios 132-138).

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

De acuerdo con estas disposiciones se ha reiterado⁷⁵ que esta Sala es competente para resolver los conflictos de competencias (i) que se presenten entre autoridades nacionales o en que esté involucrada por lo menos una entidad de ese orden; (ii) que se refieran a un asunto de naturaleza administrativa; y que (iii) versen sobre un asunto particular y concreto.

En el caso analizado, el conflicto de competencias se ha planteado entre tres autoridades del orden nacional, Colpensiones quien asumió las funciones del ISS en materia pensional, la UGPP quien tiene a su cargo las solicitudes pensionales de las personas que estuvieron afiliados a Cajanal y el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon).

Asimismo, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto consistente en determinar cuál es la autoridad competente para resolver de fondo sobre la solicitud de reliquidación pensional del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla. Por lo anterior la Sala es competente para resolver el presente conflicto de competencias administrativas.

Cabe señalar que aunque al momento de promoverse la presente actuación ante la Sala (hecho 15) no se configuraba en estricto sentido un conflicto de competencias administrativas, pues para ese momento solamente Colpensiones había rechazado su competencia para conocer de la reliquidación solicitada -por tanto no existían dos o más entidades que negaran su competencia en el asunto, lo cierto es que el conflicto queda trabado ante esta Corporación con los alegatos presentados por las entidades intervinientes, quienes manifiestan expresamente en ellos su incompetencia para conocer la petición de reliquidación presentada por el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflictos negativos de competencias, radicación 11001030600020160000400, 11001030600020160000400 y 11001-03-06-000-2016-00149-00, entre otros.

En este sentido, quedaría verificado el presupuesto relativo a la existencia de dos o más entidades que nieguen o reclamen para sí la competencia administrativa sobre un mismo asunto (artículo 39 CPACA).

Por tanto, en virtud de los principios de economía y eficacia (artículos 209 C. P. y 3º CPACA) y atendiendo que el peticionario lleva más de 5 años solicitando una pensión ajustada a derecho, la Sala dará trámite al presente conflicto de competencias con el fin de determinar con carácter definitivo la entidad competente para resolver su solicitud de reliquidación⁷⁶.

b. Términos legales

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

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

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

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem. La interpretación armónica de los artículos 2º y 34⁷⁷ del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general. Así,

76 En este mismo sentido ver conflicto con radicado No. 11001-03-06-000-2015-00072-00 del 18 de junio de 2015, en el que también se indicó: “Sin embargo en relación con el requisito de la existencia de dos o más entidades que niegan o reclaman la competencia para tramitar un mismo asunto se presenta una situación particular que se debe analizar. Cuando la actuación es planteada ante esta Sala por el apoderado del señor José Cívoro Quintero (hecho 3), no existe un conflicto de competencias administrativas, pues solo se ha dado el pronunciamiento negativo de Colpensiones en que le asigna la competencia a la Fiduprevisora como encargada de la liquidación del ISS; en tal sentido esta última entidad aún no se había pronunciado sobre si aceptaba o no la función administrativa que se le atribuía. Por tanto, en ese momento no se daba el mencionado requisito de que hubiera dos entidades que discutieran positiva o negativamente su competencia sobre un mismo asunto.

Pese a lo anterior, una vez notificado el presente trámite y estando el expediente al despacho del magistrado ponente para ser resuelto, el apoderado del peticionario allega respuesta de la Fiduprevisora, en la que esta entidad también niega su competencia para pronunciarse sobre las costas procesales reclamadas, porque a su juicio dicho trámite debe ser asumido por Colpensiones.

Por tanto, la Sala observa que si bien al inicio de esta actuación no había un conflicto de competencias administrativas que debiera resolverse, la respuesta de Fiduprevisora lo genera y, por ende, se hace necesario el pronunciamiento de esta Sala sobre si corresponde a dicha entidad o a Colpensiones dar respuesta a la solicitud de pago de las costas procesales derivadas del proceso judicial seguido contra el ISS –en liquidación–.

Lo anterior con base en los principios de economía y eficiencia (artículo 3 de la Ley 1437 de 2011), que ordenan tramitar los asuntos administrativos optimizando el uso del tiempo y recursos y teniendo siempre en cuenta que los mismos deben lograr su finalidad. Como señala el artículo 3-11 del CPACA en relación con el principio de eficacia, en las actuaciones administrativas se “removerán de oficio los obstáculos puramente formales, [se] evitarán decisiones inhibitorias [y] dilaciones o retardos”

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

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

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6° de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones. Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzaran a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

2. Aclaración previa

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

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

3. Problema jurídico

De los antecedentes allegados al caso se verifica que Colpensiones reconoció la pensión de vejez del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla con base en la Ley 71 de 1988 (Resolución GNR 29657 del 10 de febrero de 2015). Posteriormente, frente a la solicitud de reliquidación de la citada prestación para que se liquide con base en la Ley 33 de 1985, Colpensiones niega su competencia con el argumento de que al revisar el expediente encontró que carecía de competencia para haber reconocido la pensión de vejez y, por ende, no la tendría ahora para decidir sobre la revisión solicitada. En sus alegatos ante la Sala, Colpensiones acepta que la pensión del señor Rojas Bonilla se rige por la Ley 33 de 1985, pero se reafirma en su falta de competencia al considerar que el interesado cotizó por más de 20 años a Cajanal, por lo que debe ser esa entidad la que reconozca la pensión a través de la UGPP.

Por su parte, la UGPP argumenta que no tiene competencia para conocer la solicitud de reliquidación del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, pues tratándose de una pensión que se debe reconocer con base en la Ley 33 de 1985, la regla de competencia está determinada por el Decreto 813 de 1994, según el cual el ISS asumió las pensiones de las

personas que se trasladaron voluntariamente a esa entidad antes de adquirir su estatus pensional, lo que, a su juicio, es el caso del Rojas Bonilla, quien se trasladó al ISS en 1994 y solo adquirió su estatus pensional en el año 2007, al cumplir la edad exigida por la ley.

Por tanto, para establecer cuál de las referidas entidades debe resolver la solicitud de reliquidación pensional del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, la Sala estudiará en qué casos se aplican las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988 y las reglas de competencia que las reglamentan.

Además, frente a lo señalado por Colpensiones, la Sala revisará si una entidad que concede una pensión mediante un acto administrativo que se encuentra en firme y no ha sido invalidado, puede posteriormente negar su competencia para resolver los asuntos relacionados con dicha prestación, con el argumento de que no tenía competencia para expedir el acto inicial de reconocimiento. Analizado lo anterior, la Sala revisará la solución que debe darse al caso concreto.

4. Análisis del conflicto planteado

4.1 El régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la aplicación de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988

Como se sabe, la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición para las personas que para ese momento tenían cierta edad o habían alcanzado un mínimo de semanas de cotización, a las cuales se les garantizó la posibilidad de pensionarse con base en la normatividad pensional anterior.⁷⁸ Particularmente, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció los requisitos para acceder a dicho beneficio:

“Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”

Así entonces, las personas que a la entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones contaban con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta

⁷⁸ Sobre el particular, esta Sala ha afirmado: “A partir de la Ley 100 de 1993 se definió que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería prestado por una sola entidad estatal, en razón de lo cual las cajas, fondos y entidades públicas hasta entonces encargadas del reconocimiento de las pensiones de jubilación de las personas vinculadas laboralmente con el Estado, no admitirían más afiliados y continuarían reconociendo las pensiones de quienes eran sus afiliados a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, como regla general.” Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 17 de septiembre de 2015. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00039-00

(40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconoció el derecho al reconocimiento y pago de su pensión con base en las condiciones de tiempo y edad del régimen conforme al cual venían cotizando, es decir, según el caso, de la Ley 33 de 1985⁷⁹ o de la Ley 71 de 1988⁸⁰.

La identificación de estas circunstancias (si se está o no en régimen de transición y si en virtud de dicho régimen se aplica la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988), es relevante en asuntos como el analizado, en la medida que según se trate de una u otra normatividad, las reglas de asignación de competencia varían, tal como pasa a revisarse.

4.2. Las normas de competencia en los casos de aplicación del régimen de transición

Verificado el hecho de que una determinada persona es beneficiaria del régimen de transición, surgen en principio 2 posibilidades:

a. Aplicación de la Ley 33 de 1985 y de las reglas de competencia del Decreto 816 de 1994

Esta ley aplica a las personas que estando en régimen de transición de la Ley 100 de 1993, solicitan su pensión acreditando servicios continuos o discontinuos al Estado por 20 años y 55 años de edad:

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

En estos casos, la competencia para el reconocimiento de la pensión está prevista en el Decreto 813 de 1994, que en su artículo 6º establece el siguiente reparto de competencias entre el ISS y las cajas o fondos públicos de previsión:

“Artículo 6. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.

a) Cuando a 1º de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

79 “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

80 “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.”

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales

ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1º de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el gobierno nacional” (Negrillas fuera de texto).

Como se observa, **la competencia inicial para el reconocimiento de estas pensiones es de la respectiva caja o entidad** a la cual está afiliado el servidor público (literal a). En cuanto a esta competencia, el Decreto 2527 de 2000 estableció posteriormente las condiciones para que las cajas o fondos públicos pudieran reconocer pensiones, reiterando que dicha función se ejercía *mientras subsistieran y respecto solamente de sus afiliados*.

Sin embargo, como quiera que la Ley 100 tenía como propósito que el Instituto de Seguros Sociales fuera el administrador único del régimen de prima media con prestación definida y que las cajas y fondos públicos de previsión se fueran extinguiendo⁸¹, el mismo artículo en cita estableció en su segunda parte los **casos en que el ISS es responsable de reconocer las pensiones de personas que se encuentran en régimen de transición**: (i) traslado voluntario al ISS; (ii) liquidación de la respectiva caja, fondo o entidad de afiliación del empleado; y (iii) cuando al 1 de abril de 1994 el servidor público en régimen de transición no se encontraba afiliado a ninguna caja o entidad de previsión y opta por el régimen de prima media con prestación definida.

Hace notar la Sala que en estos casos, la responsabilidad del ISS (hoy Colpensiones) frente a la pensión, no se deriva del nivel de ahorro o cotizaciones o tiempo aportado a esa entidad por el beneficiario, sino de circunstancias objetivas (afiliación, escogencia del régimen de prima media, etc.), derivadas, precisamente, de la voluntad del legislador de

81 Ley 100 de 1993. Artículo 52. **Entidades administradoras.** El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y **mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley (...)** Artículo. 129. **Prohibición general.** A partir de la vigencia de la presente ley, se prohíbe la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social del sector público, de cualquier orden nacional o territorial, diferentes a aquéllas que de conformidad con lo previsto en la presente ley, se constituyan como entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud”. (Se resalta)

unificar el régimen pensional y radicar en el ISS la administración del sistema público de pensiones.

En este sentido, esta Sala ha precisado que, “[C]on el fin de reglamentar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagró el régimen de transición en materia pensional, se expidió el Decreto 813 de 1994, el cual estableció que para los servidores públicos afiliados a las cajas, fondos y entidades públicas que reunían alguno de los requisitos del Régimen de Transición, la respectiva caja, fondo o entidad les reconocerían la pensión cuando la causaran, pero que el ISS asumiría tal reconocimiento cuando **el servidor se hubiera trasladado a ese Instituto voluntariamente** o cuando se hubiere ordenado la liquidación de la caja, fondo o entidad originalmente obligada al reconocimiento”⁸².

b. Aplicación de la Ley 71 de 1988 y de las reglas de competencia del Decreto 2709 de 1994

A diferencia de la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 se aplica a las personas que estando cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, obtienen su pensión a partir de la suma de aportes hechos en su vida laboral como servidor público y trabajador del sector privado vinculado al ISS:

*“Artículo 7º. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital **y en el Instituto de los Seguros Sociales**, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.*

Resalta la Sala que para la época de expedición de la Ley 71, el ISS tenía como función principal la afiliación de los trabajadores del sector privado, y de ahí que la norma citada se refiera a los aportes hechos a las cajas y fondos públicos, por una parte, y al ISS, por otra. En este mismo sentido, el artículo 1 del Decreto Reglamentario 2709 de 1994 dispone:

Artículo 1º. *Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.*

*Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el **Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.***

Como ha aclarado la Sala, la Ley 71 de 1988 no se aplica cuando a pesar de existir aportes como trabajador particular, la persona en régimen de transición puede solicitar

su pensión acreditando 20 años o más de servicios al Estado, caso en el cual se aplica la Ley 33 de 1985 y, por ende, sus reglas de competencia⁸³.

Ahora, en los casos en que la persona beneficiaria del régimen de transición se rige efectivamente por la Ley 71 de 1988, la norma de competencia aplicable para determinar la entidad responsable del reconocimiento de la pensión, es el artículo 10 del mismo Decreto Reglamentario 2709 de 1994, que establece lo siguiente:

“Artículo 10. *Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.*

Parágrafo. *Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995”.*

Como se observa, en estos casos, la competencia para reconocer la pensión está dada, inicialmente, por la última afiliación del trabajador a una entidad de previsión (siempre que esta haya sido de al menos seis años). De lo contrario, la competencia corresponderá a la entidad de previsión a la que se haya hecho el mayor tiempo de aportes. Se trata, por tanto, de un criterio de asignación de competencia distinto al que opera en los casos sujetos a la Ley 33 de 1985.

4.3. Presunción de legalidad y carácter ejecutivo de los actos administrativos

Los actos administrativos pueden ser “*definitivos, de fondo o conclusivos*” o de trámite o mera ejecución. Para efectos del presente estudio solo se hará mención de la primera clase de actos, respecto de los cuales la Sala ha establecido que:

“La característica esencial de esta clase de actos administrativos es la de definir el fondo del asunto⁸⁴, es decir, reconocer o constituir derechos individuales o colectivos, imponer sanciones, declarar responsabilidades y generar otros efectos jurídicos...”⁸⁵.

Según el artículo 43 del CPACA, son *actos definitivos* los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación. Estos actos adquieren firmeza, según el mismo Código, en los siguientes casos:

83 “Al respecto, la Sala ha manifestado en diversas oportunidades, que la pensión por aportes (que es la que en este caso se discute) se presenta cuando para acceder a la prestación el interesado necesita sumar tiempos servidos en el sector público y en el sector privado, con base en los cuales se hicieron aportes a entidades de previsión social exclusivas de servidores públicos y al Instituto de Seguros Sociales.” (Sala de Consulta, providencia del 26 de octubre de 2016, radicación 11001-03-06-000-2016-00126-00).

84 [Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 25 de octubre de 1988. Rad. N° 233. M. P. Javier Henao Hidrón. En esa oportunidad señaló: “En esta materia la ley colombiana sigue la orientación de los modernos tratadistas de Derecho Administrativo, quienes en el seno del procedimiento administrativo distinguen por una parte los actos de trámite y, por la otra, los actos principales, definitivos o resolutorios, que son aquellos que contienen una Resolución final que decide el fondo del asunto”.

85 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflictos negativos de competencias, radicación 110010306000201600105, 110010306000201600112.

“Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo”.

Los actos definitivos, una vez adquieren firmeza, gozan de *presunción de legalidad* y tienen *carácter ejecutorio* suficiente para garantizar su cumplimiento por la Administración, tal como lo establecen los artículos 88 y 89 del CPACA, así:

“Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos **se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en **firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato.** En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional”.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que los actos adoptados por la administración como expresión de su voluntad o deseo, en ejercicio de sus competencias, “gozan en el ordenamiento jurídico nacional de las prerrogativas de presunción de legalidad y ejecutividad, de acuerdo con las cuales: se presumen ajustados al ordenamiento jurídico y son ejecutables en forma inmediata, por manera que si la administración se ha pronunciado para crear, modificar o extinguir un derecho, esa determinación es obligatoria para sus destinatarios y se considera legal”⁸⁶. Y ha aclarado también que la presunción de legalidad “debe aplicarse por igual a todo tipo de actos, bien sean de contenido general o particular, de trámite, definitivos o de ejecución, o cualquier otra distinción que traiga la ley”⁸⁷.

86 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de julio de 2016, expediente 1997-13702.

87 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto negativo de competencia, radicación 110010306000201600105, Consejero Ponente doctor Germán Bula Escobar.

Es pertinente advertir que el carácter vinculante de los actos administrativos es también oponible a la propia Administración, especialmente cuando se trata de actos favorables que reconocen derechos particulares y concretos y, más aún, cuando tales derechos gozan de protección constitucional reforzada, como ocurre con las pensiones de los trabajadores (artículos 46, 48 y 53). No debe perderse de vista además (i) que el artículo 83 de la Constitución Política le impone al Estado la obligación de actuar de buena fe -lo que comporta a su vez el deber de respetar el acto propio-; y (ii) que el artículo 97 del CPACA impide revocar los actos administrativos favorables sin el consentimiento previo y expreso del titular del derecho. A este respecto la Sala⁸⁸ ha señalado que:

“[...] en los casos en los que no se obtiene el consentimiento del particular al que se le reconoce un derecho, y no es posible que la administración pueda revocar directamente el acto sin consentimiento, esta debe acudir a demandar su propio acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa, dando así lugar al ejercicio de la denominada “acción de lesividad”, que en el régimen jurídico colombiano se ejerce mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre este tema, el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades afirmando que: ‘La administración cuando advierte que expidió un acto administrativo particular que otorgó derechos a particulares puede discutir su legalidad ante el juez administrativo; se constituye pues en demandante de su propio acto, posición procesal que la doctrina española ha calificado como acción de lesividad, la cual conforma un proceso administrativo especial, enablada por la propia Administración en demanda de que se anule un acto administrativo que declaró derechos a favor de una particular, porque es, además de ilegal, lesivo a los intereses de la Administración, vía en que la carga de la prueba de la invalidez del acto está a cargo de la demandante’.”

También cabe recordar que la misma prohibición general de revocatoria del acto favorable sin el consentimiento del beneficiario del acto (artículo 97 del CPACA), se aplica en materia pensional, en la medida que, como ha aclarado la jurisprudencia, la posibilidad de revocatoria directa que ofrece el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 está limitada a los casos en que la pensión ha sido obtenida por *medios ilegales* (mediando un delito o una conducta fraudulenta o dolosa del particular)⁸⁹, situación que según los antecedentes allegados, no sería predicable en el caso del señor Rojas Bonilla.

Así entonces, los actos administrativos firmes (i) se presumen legales mientras no han sido anulados o suspendidos judicialmente; (ii) son suficientes por si mismos para que las autoridades puedan ejecutarlos de inmediato y, claro está, (iii) permiten que los particulares exijan los derechos que dichos actos pudieran otorgarle en caso de serles favorables.

88 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado No. 11001 03 06 000 2016 00112 00.

89 Sentencia C-835 de 2003 de la Corte Constitucional que declara condicionalmente exequible el artículo 19 de la Ley 797 de 2003. En la misma Sentencia se aclara que la revocatoria no es procedente cuando solo se discute el régimen aplicable: “La Corte deja claramente establecida que cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular.”

En consecuencia, si la entidad que reconoce una pensión tiene fundamentos suficientes para considerar que *su acto favorable* adolece de alguna causal de nulidad (como sería la falta de competencia) y no obtiene el consentimiento del particular para su revocatoria, debe demandarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa para que el juez del acto determine su legalidad. Mientras esto no ocurra y no haya una decisión judicial que suspenda o anule el acto favorable, este se presume legal, la respectiva entidad estará vinculada por él y no podrá ignorarlo o evadir su cumplimiento.

Para la Sala es claro que rehuir el cumplimiento de los actos favorables por caminos destinados a los fijados por la ley (revocatoria o anulación), no es otra cosa que una vía de hecho y una forma indirecta de revocatoria, no prevista ni permitida por el ordenamiento jurídico.

No sobra advertir finalmente que para ejercer la acción de nulidad contra sus propios actos, es necesario que la respectiva entidad cuente con argumentos serios y suficientes para hacerlo, pues no le sería dable poner en movimiento el aparato judicial y someter al particular (y a la propia entidad) a los costos y complejidades propias de un proceso judicial si no existe una justificación suficiente para ello. No debe olvidarse que a partir de la Ley 1437 de 2011, la condena en costas en los procesos ante la jurisdicción contenciosa se rige por el Código General del Proceso, en el cual la parte vencida (no importa si es pública o privada) debe responder por los gastos de defensa en que ha incurrido su contraparte.

4.4. Caso concreto

Según información que reposa en el expediente, la historia laboral del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, se resume de la siguiente manera:

ENTIDAD EN LA QUE PRESTÓ EL SERVICIO	TIEMPO DE VINCULACIÓN		TIEMPO COTIZADO	CAJA, FONDO O ENTIDAD QUE RESPONDE POR EL PERIODO
	DESDE	HASTA	años/meses/días	
Ministerio de Minas y Energía	01/02/1973	30/09/1993	20/8/2	Cajanal (Hoy UGPP)
Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas (INEA)	14/01/1994	31/01/1995	1/0/17	ISS (Hoy Colpensiones)
Fondo de Previsión Social del Congreso de la República	21/04/1995	18/08/1997	2/3/27	Fonprecon
Empresa de Energía de Cundinamarca	1/02/1995	31/12/1995	0/10/28	ISS (Hoy Colpensiones)
Planer	1/03/1998	31/12/1999	1/0/0	ISS (Hoy Colpensiones)
			Total Cajanal: 20 años, 8 meses y 2 días. Fonprecon: 2 años, 3 meses y 27 días. Total ISS: 3 años	

Y conforme a lo anterior, la situación pensional del señor Rojas Bonilla es la siguiente:

1. Nació el 30 de mayo de 1952 y cumplió 55 años el 30 de mayo de 2007.
2. Trabajó en el Ministerio de Minas y Energía desde el 1º de febrero de 1973 al 30 de septiembre de 1993, cotizando durante esos años a Cajanal.
3. A partir de 1994, se vinculó voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales (ISS), entidad a la que hizo los siguientes aportes: (i) desde 14 de enero de 1994 al 31 de enero de 1994 como funcionario del Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas; (ii) del 1 de febrero de 1995 al 31 de diciembre de 1995 como empleado de la Empresa de Energía de Cundinamarca; y (iii) del 1º de marzo de 1998 al 31 de diciembre de 1999 como trabajador de la empresa privada Planer Ltda.
4. Adicionalmente, entre el 21 de abril de 1995 y el 18 de agosto de 1997 trabajó para el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y cotizó a Fonprecon.
5. Desde el año 2007, cuando cumplió 55 años de edad, ha intentado obtener el reconocimiento de su pensión de vejez ante Cajanal, Fonprecon y Colpensiones.
6. Luego de varios años y solicitudes, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), mediante la Resolución GNR 29657 del 10 de febrero de 2015, le **reconoció al señor** Rojas Bonilla una pensión de vejez *conforme al artículo 7 de la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes)*. En respuesta a auto de mejor proveer del 22 de noviembre de 2016, Colpensiones certificó a la Sala que esta Resolución de reconocimiento pensional se encuentra en firme.
7. El 6 de mayo de 2015 el señor Rojas Bonilla solicita a Colpensiones que le revise el monto de la pensión con arreglo a la Ley 33 de 1985. Frente a esta solicitud, que es la que origina el presente conflicto, Colpensiones niega su competencia con el argumento de que en su momento *no tenía competencia para haber reconocido la pensión otorgada mediante la Resolución GNR 29657 del 10 de febrero de 2015, por lo que ahora tampoco la tendría para resolver la solicitud de revisión pensional*.

Visto lo anterior, lo primero que observa la Sala es que el acto de reconocimiento pensional a favor del señor Rojas Bonilla se encuentra en firme (numeral 6) y, por tanto, está revestido de presunción de legalidad, además de ser ejecutoriado. Esto significa en concreto, que mientras Colpensiones no lo demande y obtenga su suspensión provisional o su nulidad, no puede ignorarlo o restarle eficacia mediante actuaciones de hecho, tales como no adoptar las medidas de ejecución a que hay lugar, no pagar lo que el acto ordena o, como en el caso analizado, negarse a la revisión de la decisión administrativa con el argumento de su *“falta de competencia”* para haberlo expedido.

Recuerda la Sala que el CPACA radica en cada entidad la función de decidir los recursos y las solicitudes de revisión o revocatoria de sus propios actos (artículos 45, 76 y 93), de modo que si Colpensiones expidió el acto administrativo de reconocimiento pensional

(Resolución GNR 29657 del 10 de febrero de 2015) y este se encuentre en firme, le corresponde ahora dar respuesta a la petición de revisión de dicho acto, sin que le sea dable rehusar de manera sobreviniente su competencia.

Consecuencia de lo anterior, no se le podría asignar a la UGPP o a otra entidad distinta la competencia para revisar un acto en firme expedido por Colpensiones, quien al declararse incompetente para haber reconocido la pensión del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla, debió haber demandado su propio acto por su falta de competencia para la expedición del mismo, dando así lugar al ejercicio de la denominada “acción de lesividad”, que en el régimen jurídico colombiano se ejerce mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre este tema, el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades afirmando que: *“La administración cuando advierte que expidió un acto administrativo particular que otorgó derechos a particulares puede discutir su legalidad ante el juez administrativo; se constituye pues en demandante de su propio acto, posición procesal que la doctrina española ha calificado como acción de lesividad, la cual conforma un proceso administrativo especial, enablada por la propia Administración en demanda de que se anule un acto administrativo que declaró derechos a favor de una particular, porque es, además de ilegal, lesivo a los intereses de la Administración, vía en que la carga de la prueba de la invalidez del acto está a cargo de la demandante”*⁹⁰.

Adicionalmente, la Sala observa lo siguiente: En sus alegatos ante la Sala Colpensiones indica que el señor Rojas Bonilla está cobijado por el régimen de transición y que su pensión se rige por la Ley 33 de 1985⁹¹, conclusiones estas que comparte la Sala si se tiene en cuenta que:

Al entrar en vigencia el régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993, el solicitante tenía más de 40 años de edad y también más de 15 años de cotizaciones al sistema de seguridad social; y

Ha hecho cotizaciones como servidor público por más de 20 años y cumplió 55 años de edad en el año 2007, cumpliendo con los requisitos de la Ley 33 de 1984, que establece que para adquirir el estatus pensional, se debe contar con 20 años de servicios y 55 años de edad, requisitos que para el presente caso se consolidaron el día 30 de mayo de 2007 fecha en que el señor no se encontraba cotizando y su última afiliación voluntaria fue al ISS.

Consecuencia de lo anterior, la norma de competencia aplicable es el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, el cual, como se analizó anteriormente, le asigna competencia al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), para reconocer las pensiones de las personas que al 1º de abril de 1994 no estaban afiliadas a una caja de previsión y se vincularon voluntariamente al ISS:

90 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 22 de junio de 2001, expediente 13172.

91 “[...] se evidencia que el señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla al contar con más de 20 años de cotizaciones exclusivas a Cajanal, la prestación que reclama debe ser estudiada a la luz de la Ley 33 de 1985 [...]” (Alegatos de Colpensiones del 5 de octubre de 2016, folio 137).

“Artículo 6. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. *Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

a) Cuando a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales *el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos: (...).*

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1 de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.” (Se resalta).

En el caso analizado, el señor Rojas Bonilla no estaba vinculado a Cajanal al 1º de abril de 1994, ya que solo cotizó en esa caja hasta septiembre de 1993. Por el contrario, aparece su vinculación al ISS desde el 14 de enero de 1994. En consecuencia, se puede advertir que no sería aplicable la regla de competencia del literal a), sino la del numeral iii) que se resalta.

Como señala la norma en cita y se reitera en el artículo 1º del Decreto 2527 de 2000⁹², las cajas o fondos de pensiones públicas distintas del ISS, como sería en este caso Cajanal (hoy a través de la UGPP), solo quedaron obligadas a reconocer las pensiones *de quienes eran sus afiliados al momento de entrar a regir el sistema general de pensiones*, situación que no corresponde a la del señor Rojas Bonilla, tal como se acaba de explicar.

Por las razones expuestas, la Sala concluye entonces que Colpensiones es la entidad competente para resolver la solicitud presentada por el señor Rojas Bonilla con el fin de que su pensión sea revisada.

Con base en lo anterior,

⁹² “Artículo 1º. Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieron el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos (...).” (Negrilla fuera del texto).

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para resolver de fondo la solicitud de reliquidación de la pensión del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.176.169 de Bogotá.

SEGUNDO: Enviar el expediente de la referencia a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para lo de su competencia.

TERCERO: Comunicar la presente decisión al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla y a su apoderada la doctora Claudia Rocío Sosa Varón.

CUARTO: Reconocer personería a la abogada Claudia Rocío Sosa Varón, para actuar como apoderada especial del señor Óscar Eduardo Rojas Bonilla en los términos del poder conferido y demás documentos que hacen parte del expediente.

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

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

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

5. Procuraduría General de la Nación y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia

Asunto: Competencia proceso disciplinario empleado de la Rama Judicial. El superior administrativo o jerárquico en la Rama Judicial es el nominador y es el competente para resolver asuntos de naturaleza administrativa disciplinaria.

Radicado 2017-00010

Fecha: 28/02/2017

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

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

I. Antecedentes

Con base en la información contenida en el expediente, el presente conflicto se origina en los siguientes hechos:

1. El 12, 16 y 30 de octubre de 2012 y el 13, 14, 19 y 23 de noviembre de 2012 el Juez Segundo Penal del Circuito de Turbo, recibió oficios de la Procuraduría Provincial de Apartadó, donde le solicitan adelantar investigación disciplinaria por omisión en el trámite de varias acciones de tutela en el citado despacho.
2. A través de Auto No. 02 de febrero 26 de 2013, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo procede a abrir investigación disciplinaria contra el señor Humberto de Jesús Calle Muñoz identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.323.313 de Yarumal, como secretario en provisionalidad del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, para la época de los hechos.
3. El 7 de abril de 2015 el Juez Segundo Penal del Circuito de Turbo, califica el mérito de la investigación y decide imputar cargos en contra del señor Humberto de Jesús Calle Muñoz.
4. El Juez Segundo Penal del Circuito de Turbo el 14 de diciembre de 2015 falla el proceso disciplinario, declarando disciplinariamente responsable al señor Humberto de Jesús Calle Muñoz y como consecuencia de ello lo sanciona con suspensión en el ejercicio del cargo de ocho (8) meses.
5. El disciplinado radica recurso de apelación el 25 de enero de 2016, solicitando se revise de fondo la decisión de primera instancia y se proceda al archivo de la

investigación, por carencia de culpabilidad y falta de antijuricidad material en la conducta estudiada.

6. El 10 de febrero de 2016 el Juez Segundo Penal del Circuito de Turbo concede en el efecto suspensivo el recurso de apelación impetrado por el disciplinado y lo remite a la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con el artículo 115 de la Ley 734 de 2002.
7. El 19 de febrero de 2016 el Juez Segundo Penal del Circuito de Turbo remite a la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, la citada actuación disciplinaria.
8. A través de Auto del 25 de mayo de 2016 la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia se declaró incompetente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por el señor Humberto de Jesús Calle Muñoz. Lo anterior con fundamentos en las siguientes consideraciones:

“El artículo 115 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, atribuye la competencia a otras corporaciones, funcionarios y empleados de la Rama Judicial, (...) Por su parte el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA), en punto a los recursos contra los actos administrativos prevé que procede, entre otros, “el de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito. (...) es claro que esta Corporación no tiene competencia para conocer en segunda instancia de los procesos disciplinarios adelantados contra empleados judiciales, ya que asumir ese conocimiento comportaría admitir la existencia de un poder jerárquico respecto de los funcionarios nominadores que ejercen frente a ellos la potestad disciplinaria, que es de naturaleza eminentemente administrativa”.

De otro lado, determinan que conforme al artículo 76 de la Ley 734 de 2002, *“(...) es claro que la competencia para conocer del recurso de apelación contra decisiones disciplinarias emitidas por los jueces de la república, frente a los empleados de la rama judicial, es de la Procuraduría General de la Nación, ante la falta de un superior administrativo del nominador del empleado disciplinado”.*

Por último, esgrimen que *“(...) en caso de que el funcionario destinatario no comparta los criterios aquí expuestos, de una vez se propone el conflicto negativo de competencia, para que en aras de la celeridad, se envié el expediente ante quien corresponda, a fin de que, de ser necesario, dirima la controversia”.*

9. El 7 de junio de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia remite el expediente a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial.
10. Por medio de Auto del 7 de diciembre de 2016 el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, resolvió remitir el citado expediente a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que resuelva el conflicto

negativo de competencias que se presenta entre la Sala Plena del Tribunal Superior de Antioquia y la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, en razón a que considera que la competencia para resolver el recurso de apelación debe estar en cabeza de la Sala Plena del Tribunal Superior de Antioquia.

II. Trámite procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Procuraduría General de la Nación –Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial–, al Tribunal Superior de Antioquia, al Juzgado Segundo Penal del Circuito y al señor Humberto de Jesús Calle Muñoz.

III. Argumentos de las partes

1. Procuraduría General de la Nación - Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial

En sus consideraciones señaló que no tiene competencia para conocer en segunda instancia del proceso disciplinario adelantado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, debido a que la primera instancia no estuvo a cargo de la Procuraduría General de la Nación, es decir, que en este caso no hizo uso de su poder preferente. Posteriormente, citó el proveído con radicado No. 1101-03-06-000-2015-00065-00 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, donde se determinó:

“Por lo tanto, se colige que cuando el artículo 74 del CPACA, aplicable a estos procedimientos por la remisión que ordena el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, se refiere al “inmediato superior administrativo”, o cuando el artículo 76 del Código Disciplinario Único menciona el “superior jerárquico”, tales disposiciones aluden, en el caso de la Rama Judicial, al funcionario o corporación judicial que actúe como superior inmediato en el plano administrativo del empleado o funcionario judicial que conozca o haya conocido el proceso disciplinario en primera instancia. Tal como se explicó, ese funcionario o corporación es, por regla general, el nominador del funcionario investigador”.

Y concluyó señalando que:

“En síntesis esta Procuraduría Delegada comparte los argumentos expuestos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en providencia de agosto 10 de 2015 suscrita dentro del radicado 11001-03-06-000-2015-00065-00, y de manera respetuosa solicita se apliquen las mismas consideraciones en la decisión del conflicto de competencia

sub judge, adscribiendo la competencia para la decisión del recurso de apelación incoado por el quejoso, a la Sala Plena del Tribunal Superior de Antioquia”.

2. Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia

Dentro de su pronunciamiento determinó que carece de competencia para conocer en segunda instancia del citado procedimiento, en razón a que conforme al artículo 115 de la Ley 270 de 1996, se le atribuye la competencia a otras corporaciones, funcionarios y empleados de la Rama judicial, en los siguientes términos:

*“Artículo 115. Competencia de otras corporaciones, funcionarios y empleados judiciales. Corresponde a las Corporaciones, funcionarios y empleados pertenecientes a la Rama Judicial, **conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados respecto de los cuales sean sus superiores jerárquicos**, sin perjuicio de la atribución que la Constitución Política confiere al Procurador General de la Nación de ejercer preferentemente el poder disciplinario, conforme al procedimiento que se establezca en leyes especiales.*

En el evento en que la Procuraduría General de la Nación ejerza este poder sobre un empleado en un caso concreto desplaza al superior jerárquico.

Las decisiones que se adopten podrán ser impugnadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previo agotamiento de la vía gubernativa, en cuyo evento los respectivos recursos se tramitarán conforme con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo”.

En líneas siguientes argumentó que a su vez el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, estipula frente a los recursos de los actos administrativos que procede el de apelación ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito. Por lo que el Tribunal argumentó que sobre ese punto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado ha sido reiterativa en el sentido de explicar que los Tribunales Superiores de cada Distrito, no son superiores administrativos de los jueces municipales o de circuito.

De otro lado, citó el artículo 76 de la Ley 734 de 2002-Código Disciplinario Único, a saber:

*“Artículo 76. Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. **Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.** (...)*

En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia. (Negrita fuera de texto)”.

Así las cosas, y con base en lo estipulado en la citada norma, la Sala Plena del Tribunal Superior de Antioquia considera que “(...) es claro que la competencia para conocer del recurso de apelación contra decisiones disciplinarias emitidas por los jueces de la república, frente a los empleados de la rama judicial, es de la Procuraduría General de la Nación, ante la falta de un superior administrativo del nominador del empleado disciplinado.”, por lo que decidió declararse incompetente para conocer y resolver el recurso de apelación presentado por el señor Humberto de Jesús Calle Muñoz.

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala respecto del caso concreto

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

“Artículo 112. (...) 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo”.

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

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

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

De acuerdo con las anteriores normas y los hechos del caso, la Sala es competente para conocer de la presente actuación, primero, por tratarse de un conflicto suscitado entre dos autoridades del orden nacional como son la Procuraduría General de la Nación-Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia; y segundo, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto consistente en determinar cuál es la autoridad competente para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto por el señor

Humberto de Jesús Calle Muñoz en contra del fallo de primera instancia emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo.

b. Términos legales

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ordena: *“Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”*. En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem. La interpretación armónica de los artículos 2º y 34⁹³ del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general. Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben registrarse por la Parte Primera de dicho Código.

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

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

5. Aclaración previa

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

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

concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

6. Problema jurídico

El problema jurídico que plantea el presente asunto consiste en determinar cuál es la autoridad competente para resolver el recurso de apelación presentado contra la el fallo disciplinario emitido por el Juez Segundo Penal del Circuito de Turbo, donde se declara disciplinariamente responsable al señor Humberto de Jesús Calle Muñoz en calidad de secretario del citado despacho judicial.

El problema se presenta porque la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia considera que no es el superior jerárquico y administrativo del Juez Segundo Penal del Circuito de Turbo, por consiguiente no tiene la competencia para resolver el recurso de apelación, para lo cual remite el asunto a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, entidad que a su vez declara no ser competente por considerar que de acuerdo con los artículos 20 y 131 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, las Salas Plenas de los Tribunales Superiores son los nominadores de los Jueces Penales del Circuito y por tal razón, le compete al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia estudiar y decidir de fondo el recurso de apelación.

Así las cosas, y con el fin de resolver esta situación, la Sala inicialmente revisará: (i) el ejercicio de funciones administrativas y estructura de la Rama judicial y (ii) se reiterara sobre la jurisprudencia que la Sala ha establecido frente a la competencia para adelantar procesos disciplinarios contra empleados judiciales.

Finalmente, con base en todo lo anterior, la Sala dará solución al caso concreto y definirá la autoridad competente para dar respuesta al recurso de apelación pendiente de resolver.

7. Análisis del conflicto planteado

a. Ejercicio de funciones administrativas y estructura organizacional en la Rama Judicial. Reiteración

En reiteradas oportunidades la Sala⁹⁴ se ha pronunciado respecto a la autonomía constitucional que tiene la Rama Judicial, no solo para el cumplimiento de su función primordial de administrar justicia, sino también para su organización interna y la

⁹⁴ Ver, entre otros, conflictos de competencia administrativa 11001030600020140012100 de 2 de octubre de 2014, 1100103060002015 00020 00 del 5 de Mayo de 2015, 11001030600020140006500 del 10 de agosto de 2015, 11001030600020160014000 del 9 de diciembre de 2016 y el 11001030600020160016100 del 9 de diciembre de 2016.

gestión de sus recursos físicos, humanos, técnicos y financieros con el fin de dar cabal cumplimiento a sus funciones constitucionales.

Es así que el artículo 228⁹⁵ de la Constitución Política de 1991, estipula expresamente que el funcionamiento de la Rama Judicial es “*desconcentrado y autónomo*”, aspecto que se ve reflejado en la organización que la misma carta estableció para la Rama Judicial, donde se creó el Consejo Superior de la Judicatura, con una Sala Administrativa⁹⁶ encargada de administrar la carrera judicial, “*crear, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia*”, y “*dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador*”.

Posteriormente, se promulgó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, la cual en el título IV denominado “De la administración, gestión y control de la Rama Judicial”, se estableció y reguló las funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura y específicamente en el artículo 85 se determinaron las funciones de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de los demás despachos judiciales, evidenciando así la autonomía que posee la Rama Judicial para su organización interna. Por lo tanto, se puede concluir que las normas constitucionales y estatutarias que regulan la organización y funcionamiento de la Rama Judicial, le dan funciones de naturaleza administrativa que le permite concretar sus funciones misionales.

La Sala⁹⁷ se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la estructura organizacional de la Rama Judicial, específicamente mediante decisión del 13 de agosto de 2013⁹⁸ señaló:

“El artículo 11 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece la estructura de la rama judicial de la siguiente manera:

“Artículo 11. Modificado por el artículo 4 de la Ley 1285 de 2009. La Rama Judicial del Poder Público está constituida por:

I. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones:

a) De la Jurisdicción Ordinaria:

1. Corte Suprema de Justicia.

95 Artículo 228 de la Constitución Política: “*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*”

96 Artículo 254 y siguientes de la Constitución Política de 1991.

97 Ver, entre otros, conflictos de competencia administrativa 11001030600020140012100 de 2 de octubre de 2014, 1100103060002015 00020 00 del 5 de Mayo de 2015, 11001030600020140006500 del 10 de agosto de 2015, 11001030600020160014000 del 9 de diciembre de 2016 y el 11001030600020160016100 del 9 de diciembre de 2016.

98 Ocasión en la cual se decidió un conflicto entre la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Regional de Boyacá en relación con la autoridad que debía resolver la recusación presentada en contra del Juez Promiscuo Municipal de la Uvita (Boyacá), dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de la Secretaria de dicho juzgado.

2. *Tribunales Superiores de Distrito Judicial.*

3. *Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;*

b) *De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:*

1. *Consejo de Estado*

2. *Tribunales Administrativos*

3. *Juzgados Administrativos*

c) *De la Jurisdicción Constitucional:*

1. *Corte Constitucional;*

d) *De la Jurisdicción de Paz: Jueces de Paz.*

II. *La Fiscalía General de la Nación.*

III. *El Consejo Superior de la Judicatura.*

PARÁGRAFO 1º. La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo. Los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito y los jueces municipales en el respectivo municipio; los Jueces de pequeñas causas a nivel municipal y local. (...).”

Se observa entonces que la organización de la rama judicial y, en particular de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, está fundada en un principio de jerarquía, el cual sirve de fundamento en los códigos de procedimiento civil y contencioso administrativo para asignar competencias y organizar sistemas de instancias, en las que los órganos de cierre de cada una de tales jurisdicciones asumen la función última de unificar la jurisprudencia en cada una de ellas.

Así, en sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional señaló que la jerarquía funcional de la rama judicial permite, precisamente, que un juez superior pueda revisar las decisiones de los inferiores:

“La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio– un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores”.

En este sentido, la estructura jerárquica de la rama judicial tiene íntima relación con la garantía constitucional de los derechos de impugnación y contradicción, como se indicó recientemente en sentencia C-718 de 2012:

“En este orden de ideas, para la jurisprudencia constitucional es claro que en la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y de contradicción. En efecto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta”.

Así es necesario armonizar el principio de autonomía judicial, según el cual “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” (artículo 230 C. P.), con el de jerarquía institucional, que permite la articulación y organización de la jurisdicción, y los recursos judiciales, así como la unificación jurisprudencial por los órganos de cierre.

En ese sentido es importante tener en cuenta que la función de revisión de las decisiones de los inferiores por los superiores sólo puede darse por virtud de los mecanismos previstos en la ley para tales efectos, teniendo como límite la prohibición de influir en la autonomía del inferior por vía de instrucciones, exigencias o consejos, como lo establece el artículo 5º de la ley estatutaria de administración de justicia, en desarrollo de los artículos 228 y 230 de la Constitución: (...)

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

Posteriormente, la Sala⁹⁹ ha resaltado que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece en el artículo 5º¹⁰⁰ diferencias en la estructura organizacional de la Rama Judicial, toda vez que determina dos categorías de superioridad jerárquica, como son:

Los superiores jerárquicos en el orden jurisdiccional o funcional.

Superiores jerárquicos en el orden administrativo.

Al respecto esta Corporación ha expresado que “Si esta distinción no existiera o careciera de relevancia, la norma transcrita no se hubiera referido a superiores jerárquicos “en el orden administrativo o jurisdiccional”, pues sencillamente hubiese utilizado la expresión “superior jerárquico” o simplemente “superior”. Debe inferirse, por tanto, que no es lo mismo un superior en el orden jurisdiccional que un superior en el orden administrativo, aunque con frecuencia tales calidades confluyan en un mismo servidor o en una misma corporación de la Rama Judicial. La diferencia legal entre estas dos categorías de superiores, los

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 11001-03-06-000-2016-00161 00 del 9 de diciembre de 2016.

¹⁰⁰ Ley 270 de 1996, “Artículo 5º. Autonomía e independencia de la Rama Judicial. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

“funcionales o judiciales”, y los “administrativos”, resulta confirmada por otras disposiciones constitucionales y legales-estatutarias”¹⁰¹.

Dentro de los ejemplos que se han revisado por la Sala, se encuentran los siguientes:

“(ii) Algunos actos de superioridad administrativa. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, así como otras leyes y decretos reglamentarios parcialmente vigentes, regulan diversos trámites administrativos internos de la Rama Judicial en los que la decisión compete a determinados empleados, funcionarios o corporaciones judiciales, que algunas veces coinciden y otras no con aquellos que tienen el carácter de superior funcional o jurisdiccional del empleado o funcionario interesado. Así, por ejemplo:

- El artículo 136 de la Ley Estatutaria dispone que “la comisión de servicios, se confiere **por el superior**” (se destaca), ya sea para ejercer las funciones propias del empleo en lugar diferente al de la sede o para cumplir ciertas misiones, como asistir a reuniones, conferencias o seminarios, entre otras. El artículo 137 *ibídem* aclara que la comisión de servicios se otorga mediante un acto administrativo, en el cual debe señalarse su duración, y el artículo 138 preceptúa que, en el evento de que el ejercicio de la comisión implique para el comisionado la separación temporal del cargo, “**el nominador** hará la correspondiente designación en encargo” (se destaca).
- El artículo 139 de la citada ley señala que compete a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “a instancias de los respectivos superiores jerárquicos”, otorgar o no comisiones especiales a los magistrados de los tribunales superiores o de los consejos seccionales de la judicatura y a los jueces, para adelantar cursos de especialización hasta por dos años, para cumplir actividades de asesoría al Estado, o realizar investigaciones científicas o estudios relacionados con las funciones de la Rama Jurisdiccional hasta por seis meses. Esta norma estatutaria resulta de particular importancia para el asunto que nos ocupa, pues confirma que los magistrados de los tribunales, de los consejos seccionales de la judicatura y los jueces de la República **tienen superiores jerárquicos**, que son quienes, en este caso, deben proponer y dar el visto bueno a las comisiones especiales que a tales funcionarios concede el Consejo Superior de la Judicatura. (...)
- El artículo 142 de la misma ley dispone que “los funcionarios y empleados” tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres meses en cada año calendario, y más adelante agrega que “**el superior** la concederá teniendo en cuenta las necesidades del servicio” (se destaca). Sobre este punto, el artículo 143 precisa que “las licencias serán concedidas por la Sala de Gobierno de **la Corporación nominadora**, o por la **entidad o funcionario que haya hecho el nombramiento**” (se resalta).
- En cuanto a los permisos, el artículo 144 la Ley 270 de 1996 dispone que serán otorgados por “el Presidente de la Corporación a que pertenezca el Magistrado o de la cual dependa el Juez, o por el superior del empleado”.

101 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 11001-03-06-000-2016-00161 00 del 9 de diciembre de 2016.

- *En materia de vacaciones, el artículo 146 ejusdem señala que en el caso de los empleados y funcionarios judiciales que laboran en aquellos despachos y dependencias que, de acuerdo con esa disposición, no tienen derecho a disfrutar de vacaciones colectivas sino individuales¹⁰², serán concedidas, según el caso, por la Sala Administrativa del Consejo Superior o de los consejos seccionales de la judicatura, **por la Sala de Gobierno del respectivo tribunal a los jueces y por el correspondiente nominador** en los demás casos.*
- *El artículo 147 de la citada ley determina que la suspensión en el ejercicio del cargo de un empleado o funcionario judicial, por cualquiera de las razones enlistadas en dicha norma, genera la vacancia temporal del respectivo cargo, por lo cual **“la autoridad nominadora procederá a efectuar el respectivo nombramiento provisional o el encargo que corresponda, para la atención de las respectivas funciones”** (se subraya). Esta disposición se encuentra en armonía con el artículo 132 *ibídem*, que establece la forma de proveer los cargos en la Rama Judicial ante diferentes situaciones administrativas.*
- *El artículo 148 *ibídem* señala que el funcionario o empleado judicial que sea llamado a prestar servicio militar o convocado en calidad de reservista “deberá comunicarlo **a la Corporación o funcionario que hizo la designación, quien autorizará su separación del servicio** por todo el tiempo de la conscripción o de la convocatoria **y designará su reemplazo**, bien sea por vía del encargo o nombramiento provisional” (se destaca). (...).*
- *Esta norma y el artículo 172 de la misma ley, que se refieren a la carrera judicial, son buenos ejemplos de la distinción legal entre “superior funcional” y “superior administrativo”, a partir de la cual se distribuyen entre unos y otros superiores los deberes y atribuciones que les conciernen sobre el manejo de la carrera judicial de los empleados y funcionarios que de ella forman parte. Así, por ejemplo, el citado artículo 172 establece en lo pertinente:*
- *“Artículo 172. Evaluación de funcionarios. Los funcionarios de carrera serán evaluados por la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura. **Los superiores funcionales** del calificado remitirán de conformidad con el reglamento el resultado de la evaluación **del factor calidad**, el cual servirá de base para la calificación integral. (...)” (se destaca).*
- *En el caso de los empleados judiciales, la evaluación y calificación de los servicios prestados por los mismos compete a “sus superiores jerárquicos”, conforme lo dispone el artículo 171 *ibídem*, norma que también señala que la calificación insatisfactoria de un empleado de carrera dará lugar a su retiro, decisión contra la cual “proceden los recursos de la vía gubernativa”.*

102 Salas Administrativas del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales, Juzgados Penales Municipales, Juzgados de Ejecución de Penas, Fiscalía General de la Nación e Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

- *Disposiciones similares se encuentran en diferentes decretos que regulan las relaciones administrativas – laborales de los servidores judiciales con el Estado, como los decretos 1660 de 1978 y 052 de 1987, que conservan vigencia en cuanto no contradigan la Constitución Política o la Ley Estatutaria, como lo establece expresamente el artículo 204 de esta última.*

(iii) Conclusiones. Como se deduce de las normas citadas, la ley prevé que tanto los empleados como los funcionarios judiciales, es decir, los jueces, magistrados y fiscales, tengan superiores en el plano funcional y también en el campo administrativo, calidades que algunas veces coinciden y otras no en las mismas personas o corporaciones”¹⁰³.

Con base en lo anterior, se infiere que los superiores administrativos o jerárquicos de los jueces y magistrados son sus respectivos nominadores, por regla general, no obstante, en algunos casos la norma determina otros superiores administrativos para ciertos casos específicos, dados por la norma. Así las cosas, se concluye que la Rama judicial tiene funciones administrativas y a su vez cuenta con una jerarquía administrativa y funcional dentro de su organización para la ejecución de las citadas funciones.

b. Procesos disciplinarios contra empleados judiciales. Competencia. Reiteración

Se debe partir por señalar que conforme al artículo 125¹⁰⁴ de la Ley 270 de 1996 son funcionarios de la Rama Judicial los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales; y a su vez señala que las demás personas que laboran en dependencias judiciales y en los órganos y entidades administrativas son empleados de la Rama.

En ese orden de ideas, para el presente caso se hará referencia únicamente a los empleados de la Rama Judicial, y se analizarán los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de ellos. Al respecto, el artículo 115 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, establece:

“Artículo 115. Competencia de otras corporaciones, funcionarios y empleados judiciales. Corresponde a las Corporaciones, funcionarios y empleados pertenecientes a la Rama Judicial, conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados respecto de los cuales sean sus superiores jerárquicos, sin perjuicio de la atribución que la Constitución Política confiere al Procurador General de la Nación de ejercer preferentemente el poder disciplinario, conforme al procedimiento que se establezca en leyes especiales.

En el evento en que la Procuraduría General de la Nación ejerza este poder sobre un empleado en un caso concreto desplaza al superior jerárquico.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 11001-03-06-000-2016-00161 00 del 9 de diciembre de 2016.

¹⁰⁴ Artículo 125. De los servidores de la rama judicial según la naturaleza de sus funciones. Tienen la calidad de funcionarios los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales. Son empleados las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial. La administración de justicia es un servicio público esencial.

Las decisiones que se adopten podrán ser impugnadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previo agotamiento de la vía gubernativa, en cuyo evento los respectivos recursos se tramitarán conforme con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo”.

Sobre el citado artículo la Sala en decisión del 25 de agosto de 2014¹⁰⁵, señaló:

“Esta disposición fija expresamente en los ‘superiores jerárquicos’ de los empleados judiciales la competencia para conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios contra ellos. Aunque no señala en forma explícita quién es el competente para tramitar la segunda instancia, sí lo hace de manera indirecta, al remitir al artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, vigente a la sazón, el cual disponía que el “inmediato superior administrativo” era quien debía resolver el recurso de apelación que se interpusiera contra un acto administrativo de carácter definitivo”.

Actualmente, el citado Código Contencioso Administrativo no se encuentra vigente, debido a que fue derogado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011. No obstante, el artículo 74 de la citada norma reemplazó el artículo 50 de la norma derogada y estatuyó:

“Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

*2. El de apelación, **para ante el inmediato superior administrativo o funcional** con el mismo propósito.*

“(..)

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

“El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

“(..)” (Resalta la Sala).

Sobre la interpretación del citado artículo la Sala ha expresado que:

“Puesto que el artículo 74 del CPACA se refiere al “superior administrativo o funcional”, en tanto que el artículo 50 del C. C. A. aludía solamente al “superior administrativo”, es necesario indagar sobre la razón que explique dicho cambio. No se ha encontrado ninguna

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado No. 11001030600020140006000 del 25 de agosto de 2014, Consejero Ponente doctor Augusto Hernández Becerra.

explicación al respecto en las actas de la Comisión Redactora del CPACA. Sin embargo el doctor Enrique Arboleda Perdomo, quien fue miembro de la citada Comisión, expone lo siguiente en sus “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”¹⁰⁶:

“Recurso de apelación. El recurso de apelación busca que el superior del funcionario que adoptó la decisión la revise, para que la reforme o revoque. La ley determina que el superior puede ser el administrativo, para englobar todo tipo de jerarquía, o el funcional, englobando con este término aquellos organismos que no pertenecen a la misma entidad que profirió el acto, pero que tienen como función la de definir el recurso de apelación contra ciertas decisiones de otras autoridades. A manera de ejemplo se puede citar la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para desatar los recursos contra los actos que resuelven los reclamos contra las empresas por ella vigiladas”¹⁰⁷.

A partir de este razonamiento, al concordar el artículo 115 de la Ley 270 de 1996 con el artículo 74 del CPACA se llega a la conclusión de que el funcionario o corporación competente para conocer en segunda instancia de los procesos disciplinarios contra empleados judiciales es aquel o aquella que tenga el carácter de superior administrativo o funcional del empleado o funcionario que haya tramitado o adelante el proceso en primera instancia”¹⁰⁸.

De la lectura de las anteriores consideraciones expuestas por la Sala, se concluye que al revisar la organización de la Rama Judicial, esta cuenta con una estructura orgánica jerarquizada, por lo que en temas de control disciplinario de los empleados judiciales, al ser una función netamente administrativa, “(...) el superior inmediato que debe tramitar la segunda instancia en esta clase de procedimientos no podría ser el funcional sino el administrativo, que por regla general y en virtud de su autonomía, debe encontrarse al interior de la misma Rama. Solo excepcionalmente, cuando dicho superior administrativo en definitiva no exista, sería necesario acudir a un superior ajeno a la Rama Judicial, para así garantizar el principio de la doble instancia en los procedimientos disciplinarios, (...)”¹⁰⁹.

Así las cosas, se hace necesario revisar lo que la Sala ha expuesto en diferentes oportunidades, respecto a la interpretación de las normas del Código Disciplinario Único atinentes al caso, a saber:

*“En primer lugar el artículo 2º (“titularidad de la acción disciplinaria”) señala que, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, “corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y **a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas**, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias” (se destaca).*

106 ARBOLEDA Perdomo, Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2ª edición. Editorial Legis, Bogotá, 2013, p. 125.

107 “[32] Ver artículo 159 de la Ley 142 de 1994”.

108 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado No. 11001-03-06-000-2016-00140-00 del 9 de diciembre de 2016, Consejero Ponente doctor Germán Alberto Bula.

109 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 11001-03-06-000-2016-00161 00 del 9 de diciembre de 2016, Consejero Ponente: doctor Alvaro Namén Vargas.

*Esta disposición guarda armonía con el artículo 67 ibídem, conforme al cual “la acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura... las oficinas de control disciplinario interno... y los **nominadores y superiores jerárquicos inmediatos, en los casos a los cuales se refiere la presente ley**” (se destaca).*

*El artículo 6º de Ley 734 de 2002 consagra el principio del debido proceso en este campo y dispone: “el sujeto disciplinable deberá ser investigado **por funcionario competente** y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso...” (se destaca).*

El artículo 76 del estatuto disciplinario, que trata del control disciplinario interno, estatuye:

“Artículo 76. Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

“En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

“En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

“Parágrafo 1º. La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

“Parágrafo 2º. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

“Parágrafo 3º. Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquel”.

Esta disposición consagra el principio de la doble instancia en materia disciplinaria, y para garantizarlo establece que todas las entidades y organismos del Estado deben organizar oficinas de control disciplinario interno, encargadas de “conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores”. El tercer inciso agrega que

la segunda instancia compete al nominador, salvo disposición legal en contrario, y precisa que cuando “no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional”, conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación. Finalmente, el párrafo tercero determina que en aquellas entidades u organismos en donde no se hayan implementado oficinas de control disciplinario interno (como sucede en la Rama Judicial), el funcionario competente para desarrollar el proceso en primera instancia será el superior inmediato del investigado, y el competente en segunda instancia será el superior jerárquico de aquel (es decir, el superior del superior)”¹¹⁰.

(...) el artículo 115 de la Ley 270 de 1996 es norma especial para la Rama Judicial, y tiene además una jerarquía superior a la del Código Disciplinario Único por tratarse de una ley estatutaria, existe armonía entre las dos normatividades en cuanto a la competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra empleados judiciales en primera y en segunda instancia, ya que de ambas se deduce que la competencia para tramitar dichos asuntos en primera instancia corresponde al superior inmediato del investigado, y en segunda instancia al superior jerárquico (administrativo) de este (el superior del superior). Tales empleados y funcionarios son los “funcionarios con potestad disciplinaria” de la Rama, y a ellos compete conocer de los asuntos disciplinarios que se sigan contra los empleados judiciales “de sus dependencias”, como lo establece el artículo 2º de la Ley 734 de 2002”.

(vii) El artículo 76 de la Ley 734 aporta un elemento adicional que resulta de singular importancia, ya que tiene fundamento constitucional¹¹¹, consistente en que en los procedimientos disciplinarios debe garantizarse el principio de la doble instancia. Por este motivo, cuando la estructura de la entidad, dependencia u organismo de que se trate no permite garantizar dicho principio, la segunda instancia será competencia de la Procuraduría General de la Nación”¹¹².

En ese orden de ideas, es procedente revisar lo relativo a los superiores jerárquicos de los funcionarios judiciales en el campo administrativo, para lo cual la Sala ya se ha pronunciado, al señalar:

“A este respecto la regla general, aunque no absoluta, es que **el superior jerárquico de los funcionarios judiciales es su nominador**, si bien en algunos casos y para ciertos fines específicos la ley habilita a otros funcionarios o corporaciones para actuar como superiores del respectivo funcionario judicial. Esta regla general obedece, a juicio de la Sala, a que la potestad que con mayor intensidad y claridad denota una superioridad jerárquica al interior de cualquier empresa, entidad u organización, pública o privada, es la facultad de nombrar o designar a un empleado, separarlo de su cargo, aceptar su retiro y nombrar su reemplazo en forma provisional o definitiva.

Se colige por lo tanto que, cuando el artículo 74 del CPACA, aplicable a estos procedimientos por la remisión que ordena el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, se refiere al “inmediato

110 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 11001-03-06-000-2016-00161 00 del 9 de diciembre de 2016, Consejero Ponente: doctor Alvaro Namén Vargas.

111 Artículos 29 y 31 de la Constitución Política.

112 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 11001-03-06-000-2016-00161 00 del 9 de diciembre de 2016, Consejero Ponente: doctor Alvaro Namén Vargas.

superior administrativo”; o cuando el artículo 76 del Código Disciplinario Único menciona el “superior jerárquico”; tales disposiciones aluden, en el caso de la Rama Judicial, al funcionario o corporación judicial que actúe como superior inmediato en el plano administrativo del empleado o funcionario judicial que conozca o haya conocido el proceso disciplinario en primera instancia. Tal como se explicó, ese funcionario o corporación es, por regla general, el nominador del funcionario investigador. (...)

Pero más allá de tales excepciones, la regla general es que el nominador de un funcionario judicial es su superior jerárquico, razón por la cual la ley le otorga varias facultades y atribuciones administrativas inherentes a dicha condición.

(ix) Esta es la posición que sostuvo la Sala Plena del Consejo de Estado cuando resolvía este tipo de conflictos mediante la denominada “acción de definición de competencias administrativas”, y que también ha sostenido la Sala de Consulta y Servicio Civil en relación con el conocimiento de los recursos de apelación y de queja, o la resolución de impedimentos y recusaciones que se presentan contra las decisiones y actuaciones adoptadas o efectuadas por los funcionarios judiciales al evaluar y calificar los servicios prestados por sus empleados subalternos, así como también al ejecutar otras tareas administrativas (...).

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisión del 18 de mayo de 2011¹¹³, ratificó este criterio en los siguientes términos:

“El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia es superior jerárquico de la Juez de Familia de Calarcá, también para efectos administrativos, y por tanto no es acertado afirmar que únicamente lo sea “respecto de los asuntos jurisdiccionales”. No por otra razón, además de ser nominador del Juez, conforme a los artículos 20-1 y 131-7 de la ley 270 de 1996, el Tribunal es la entidad que, en su carácter de superior administrativo, le concede las comisiones de servicios, los permisos y las vacaciones individuales cuando a ellas haya lugar, de acuerdo con los artículos 136, 144 y 146 de la misma ley.

“En conclusión, la Sala encuentra que la entidad competente para decidir sobre la manifestación de impedimento de la Juez de Familia de Calarcá en estudio es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, que deberá tramitar el asunto de conformidad con las reglas del artículo 30 del Código Contencioso Administrativo...” (Subrayas fuera del texto).

No escapa a la Sala que tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado fueron, durante muchos años, del criterio de que la segunda instancia en los procesos disciplinarios adelantados por jueces y magistrados contra empleados judiciales competía a la Procuraduría General de la Nación, con el argumento de que tales funcionarios carecían de superiores jerárquicos en el campo administrativo y, especialmente, en lo relativo a la administración del personal a su cargo. Sin embargo, dicha posición fue rectificada a partir de la decisión tomada por esta Sala el 13 de agosto de 2013, antes citada.

113 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 18 de mayo de 2011. Rad. N° 11001-03-06-000-2011-00024-00(C).

*Si se acepta que el competente para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones que adoptan los jueces al calificar los servicios de los empleados judiciales de sus despachos, es el **respectivo tribunal superior, en su calidad de nominador** y, como tal, superior jerárquico-administrativo de aquellos funcionarios, no es congruente sostener que el mismo tribunal no es competente para conocer en segunda instancia de las decisiones que en materia disciplinaria tomen dichos jueces contra los mismos empleados. Ocurre que las funciones en consideración son igualmente **administrativas**, y que las normas que regulan ambas situaciones **no especifican quién es el superior jerárquico** de dichos jueces, pues se limitan a señalar que contra las decisiones adoptadas por ellos en estos ámbitos proceden los recursos previstos en el C. C. A. (hoy, en el CPACA), como sucede con los artículos 115 y 171 de la Ley 270 de 1996, o simplemente señalan que la segunda instancia corresponde al respectivo “superior jerárquico”, ante quien se ejerce un recurso de apelación, que por ello también se denomina recurso “jerárquico”.*

*(x) Resalta la Sala que si se acogiera el criterio de que los jueces y magistrados no tienen superiores jerárquicos en asuntos administrativos, no habría entonces quién resolviera sobre las comisiones de servicios solicitadas por dichos funcionarios (artículo 136 de la Ley 270 de 1996), ni quién propusiera y diera el visto bueno para el otorgamiento de “comisiones especiales” a los mismos (artículo 139 ibídem), pues las normas citadas establecen que tales atribuciones corresponden **al “superior” o al “superior jerárquico”** del respectivo funcionario judicial, sin especificar en concreto quién es dicho superior. Tampoco podrían resolverse los recursos de apelación contra las calificaciones insatisfactorias de jueces y magistrados a los empleados judiciales de sus despachos en desarrollo de la normas de carrera judicial (artículo 171 de la Ley Estatutaria), porque habría que concluir, con la tesis que se rebate, que tales decisiones no son susceptibles de impugnación mediante el recurso de alzada, pues dichos funcionarios no tendrían superior jerárquico.*

(xi) Finalmente se observa que no cabe atribuir a la Procuraduría General de la Nación la titularidad de una competencia genérica para conocer en segunda instancia de las decisiones disciplinarias que adopten los jueces y magistrados, esgrimiendo el argumento de que la Rama Judicial no tiene una estructura jerárquica que permita “preservar la garantía de la doble instancia”, según reza el primer inciso del artículo 76 citado. Tampoco es cierto que en la misma Rama “no sea posible organizar la segunda instancia”, condición a partir de la cual asumiría competencia para conocer de dicha instancia “el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia”. (Inciso 3º de la misma norma).¹¹⁴

Finalmente, y luego de revisar los diferentes pronunciamientos de la Sala sobre el tema, se concluye que la Rama Judicial tiene la estructura y organización necesaria para garantizar la segunda instancia en los procesos disciplinarios contra funcionarios y/o empleados judiciales.

114 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 11001-03-06-000-2016-00161 00 del 9 de diciembre de 2016, Consejero Ponente: doctor Alvaro Namén Vargas.

5. El caso concreto

Con base en las anteriores consideraciones y la revisión de los hechos del caso, se verifica que el presente conflicto se presentó porque el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia y la Procuraduría General de la Nación-Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, negaron tener la competencia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Humberto de Jesús Calle Muñoz al fallo de responsabilidad disciplinaria emitido por el Juez Segundo Penal del Circuito de Turbo, quien adelantó el respectivo proceso en primera instancia por haber sido el superior jerárquico del disciplinado.

Respecto a la segunda instancia del citado fallo y conforme a las consideraciones hechas anteriormente se declarará competente a la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia para que asuma conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el señor Humberto de Jesús Calle Muñoz, en calidad de secretario del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, a la sanción impuesta por el Juez titular del despacho como superior administrativo.

Lo anterior en razón a que la regla general es que el superior jerárquico, tratándose de situaciones administrativas, es el nominador. Por lo tanto, la Sala Plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial es la competente para nombrar los jueces del respectivo distrito judicial, por mandato del artículo 20 de la Ley 270 de 1996¹¹⁵ que reza:

“Artículo 20 De la Sala Plena. Corresponde a la Sala Plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, ejercer las siguientes funciones administrativas:

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Humberto de Jesús Calle Muñoz contra la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo-Antioquia, mediante el cual se le sancionó y declaró disciplinariamente responsable como secretario del citado despacho.

SEGUNDO: Enviar el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, para lo de su competencia.

¹¹⁵ Modificado por el artículo 3º de la Ley 585 de 2000 (junio 28) “Por medio de la cual se derogan, modifican y suprimen algunas disposiciones de la Ley 270 de 1996 y Decreto 2699 de 1991”.

TERCERO: Comunicar esta decisión a la Procuraduría General de la Nación -Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial-, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo-Antioquia, y al señor Humberto de Jesús Calle Muñoz.

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

Esta decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

6. Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio del Interior.

Asunto: Sustitución de competencias para atender procesos judiciales en virtud de la fusión y posterior escisión de los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho.

Radicado 2016-00216

Fecha: 13/03/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, procede a resolver el conflicto negativo de competencia administrativa de la referencia, que se suscitó entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio del Interior, y que fue promovido por el primero.

I. Antecedentes

De acuerdo con los documentos allegados por el Ministerio de Justicia y del Derecho con el escrito mediante el cual promueve el presente conflicto de competencia, este asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. Mediante acción de reparación directa presentada en el año 2002, el señor Abraham Parra Piñeros demandó a la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - Ministerio del Interior - Ministerio de Justicia y del Derecho - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - Policía Nacional-Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), Alto Comisionado por la Paz, por los perjuicios morales y materiales que le fueron causados por la pérdida y privación total de la posesión y explotación económica de sus bienes.

Lo anterior, *“como consecuencia de la creación de la zona de distensión en las que se afianzó el grupo armado al margen de la ley sin control de autoridad alguna (...) de los que fue víctima el demandante a quien de forma intimidatoria fue sentenciado a abandonar la región y sus bienes so pena de ser asesinado junto con su familia”*¹¹⁶.

2. En este proceso, los entonces Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho concurren por separado a defender los derechos de la Nación.
3. En el curso del proceso, por razón de lo establecido en el artículo 3° de la Ley 709 de 2002, los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho fueron fusionados, creándose el denominado Ministerio del Interior y de Justicia, que por expreso mandato legal asumió los objetivos y funciones de los ministerios fusionados y, por

¹¹⁶ Tribunal Administrativo del Meta, Sentencia del 2 de agosto de 2005.

ende, también la competencia para conocer de los procesos judiciales en los que eran partes las carteras fusionadas.

4. Años más tarde, la Ley 1444 de 2011 escindió del Ministerio del Interior y de Justicia los objetivos y funciones asignados al despacho del Viceministro de la Justicia y el Derecho y a las dependencias a su cargo y, en consecuencia, se reorganizó el Ministerio del Interior y se creó el Ministerio de Justicia y del Derecho.
5. Adicionalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, el art. 18 de la Ley 1444 ibídem revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para:

“(...) b) Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios creados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

Modificar los objetivos y estructura orgánica de los Ministerios reorganizados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

*Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos **de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;** (...)*” (Destaca la Sala).

6. En ejercicio de estas funciones, respecto a la competencia para conocer de los procesos judiciales en los que era parte la cartera ministerial escindida, tanto el artículo 37 del Decreto ley 2893 de 2011 (estructura del Ministerio del Interior) como el artículo 39 del Decreto ley 2897 de 2011 (estructura del Ministerio de Justicia y del Derecho) definieron que estos quedarían: *“(...) a cargo del Ministerio el Interior salvo aquellos que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal deban ser adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho (...)*”.
7. Para materializar la transferencia de los procesos judiciales que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal debían ser adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos antes citados, el Ministerio del Interior entregó formal y materialmente al Ministerio de Justicia y del Derecho los procesos que debían ser atendidos por este, mediante Acta suscrita el 30 de septiembre de 2011.
8. En esta acta no se incluyó el proceso judicial al que dio lugar la demanda de reparación directa presentada por el Señor Abraham Parra Piñeros.
9. A la fecha de suscripción de la citada acta de entrega de los procesos judiciales que debían ser asumidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho, el proceso al que dio lugar la demanda del Señor Abraham Parra Piñeros, se encontraba en trámite de apelación de la sentencia condenatoria proferida el 2 de Agosto de 2005 por

el Tribunal Administrativo del Meta, en contra de la Nación, representado por el Ministerio del Interior, de Justicia y del Derecho, y el de Defensa Nacional.

10. La apelación fue resuelta por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 3 de septiembre de 2015 (folios 34 a 65), en la que se modificó la decisión del Tribunal Administrativo del Meta del 2 de agosto de 2005, para en su lugar resolver lo siguiente:

“1. Declarar administrativamente responsable a la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Defensa Nacional, de los daños y perjuicios causados al demandante Abraham Parra Piñeros, con el despojo, pérdida de la posesión de sus bienes y desplazamiento, en hechos acaecidos el 26 al 28 (sic) de diciembre del 2000 en el Municipio de Vista Hermosa - Meta, durante la vigencia de la zona de distensión. (...)”

2. Condenar a la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Defensa Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales del demandante 50 SMMLV.

3. Condenar a la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio del interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Defensa Nacional a cancelar a favor de Abraham Parra Piñeros la suma de \$1 309 795 968 (sic) por concepto de daño emergente y la suma de \$512.496 440 por concepto de lucro cesante”.

11. Con oficio radicado en el Ministerio de Justicia y del Derecho, con identificación EXT16-00322996 del 19/08/16, el doctor Juan de la Cruz Aarón Quintero, elevó al Ministerio de Justicia y del Derecho, solicitud de pago de la sentencia proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso radicado N° 2000123310002002-00136-01 (32180).

12. Mediante comunicación OFI16-0024542-JDJ-1501 del 09 de septiembre de 2016, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitió al Ministerio del Interior la solicitud presentada por el doctor Juan de la Cruz Aarón, señalando lo siguiente: *“(...) dado que de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Decreto 2897 de 2011 el proceso en mención correspondió por su naturaleza y objeto al Ministerio del Interior, me permito remitir para su conocimiento, cumplimiento y fines pertinentes los soportes y documentación en un total de ciento seis folios útiles, toda vez por lo (sic) anteriormente mencionado la satisfacción de la condena debe ser realizada por el actual Ministerio del Interior y no por el Ministerio de Justicia y del Derecho”.*

13. A través de escrito OF116-000036150-OAJ-1400 del 29/09/16 el Ministerio del Interior responde al Ministerio de Justicia y del Derecho lo siguiente:

“(…) De acuerdo con lo establecido en la sentencia del 3 de septiembre de 2015, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, las entidades condenadas son: Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Defensa Nacional (...). Con EXTM116-0045274 del 29 de 1e 2016 el apoderado del beneficiario, del asunto de la referencia, radicó ante este Ministerio solicitud de pago de sentencia judicial, que se encuentra en trámite de pago, por parte del Ministerio del Interior, de la cuarta parte de la condena impuesta en la sentencia del 3 de septiembre de 2015, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, Subsección B”

14. Ante la respuesta dada por el Ministerio del Interior, el Ministerio Justicia y del Derecho promovió ante esta Sala el presente conflicto competencias administrativas, relativo a la solicitud de pago de la sentencia proferida por el Consejo de Estado a favor del señor Abraham Parra Piñeros, en específico, por los valores a los que fue condenado el Ministerio de Justicia y del Derecho.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del presente conflicto de competencias administrativas. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a las siguientes entidades: Ministerio del interior; Departamento Administrativo de la presidencia de la República; Ministerio de Defensa Nacional; Tribunal Administrativo del Meta; Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Según el Informe Secretarial, dentro del término de fijación del edicto, el apoderado del Ministerio del Interior, doctor Crispín Roberto Pavajeau Villazón presentó los alegatos de la entidad, para que fueran tenidos en cuenta en la resolución de este conflicto. Adicionalmente, intervino el doctor Juan de la Cruz Aarón Quintero, en su calidad de apoderado del Señor Abraham Parra Piñeros.

III. Argumentos de las partes e intervinientes

A. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

En el escrito mediante el cual promueve el presente conflicto de competencia, el Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó que en virtud de la escisión de las funciones del Ministerio del Interior y de Justicia, la competencia para conocer de los procesos judiciales en los que era parte la cartera ministerial escindida se atribuyó, tanto en el artículo 37 del Decreto 2893 de 2011 (estructura del Ministerio del Interior) como en el artículo 39 del Decreto de 2897 de 2011 (estructura del Ministerio de Justicia y del Derecho), al Ministerio del interior, salvo aquellos que por su naturaleza, objeto

o sujeto procesal debían ser adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho y por lo tanto fueron entregados por el Ministerio del Interior mediante acta suscrita por ambas partes. En este orden de ideas, señaló que el Ministerio del Interior no le entregó al Ministerio de Justicia y del Derecho el proceso radicado en el Consejo de Estado con el No 2000123310002002-00136-01.

De manera adicional, indicó que la entrega o no de procesos judiciales por parte del Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho, habilitó o no a una o a otra entidad para realizar la provisión contingente para atender las eventuales resultas negativas de los pleitos correspondientes, razón por la cual, mal podía pretenderse que la cartera del Ministerio de Justicia dispusiera ahora de recursos patrimoniales para atender un proceso judicial que no le fue entregado por el Ministerio del Interior y sobre el cual, por ende, no pudo realizar provisiones para cancelar las condenas proferidas en el mismo.

Por estas razones, señaló que la cancelación de la condena emitida por el Consejo de Estado a favor del Señor Ministerio de Justicia y del Derecho haría contravenir a sus funcionarios el mandato constitucional, según el cual, los servidores públicos están limitados a lo establecido en la ley y el reglamento, so pena de responder por extralimitación de sus funciones (art. 6°).

Finalmente, destacó que cuando la sentencia proferida por el Consejo de Estado, en su parte resolutive, condena al Ministerio del Interior y al Ministerio de Justicia y del Derecho, se está haciendo referencia a las carteras inicialmente demandadas en el año 2002, esto es, aquellas que desaparecieron del mundo jurídico por la fusión ordenada en la Ley 790 de 2002 y que fueron reemplazadas para todos los efectos legales por el Ministerio del Interior y de Justicia, posteriormente escindido y reorganizado por la Ley 1444 de 2011, dando paso a los actuales Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia y del Derecho.

B. MINISTERIO DEL INTERIOR

El apoderado del Ministerio del Interior señaló que la sentencia proferida por el Consejo de Estado a favor del Señor Abraham Parra Piñeros, dentro del proceso seguidos con la radiación 2000123310002002-00136-01, no deja equívoco que el Ministerio de Justicia y del Derecho tiene el deber de responder por la condena dentro de la providencia referenciada.

Como respaldo de esta afirmación, el apoderado transcribió la parte resolutive de la citadas sentencia, resaltando los apartes en los que se menciona al Ministerio del Interior y al Ministerio de Justicia y del Derecho, entre otras entidades, como sujetos condenados al pago de las sumas allí referidas. De manera adicional, el apoderado señaló:

“(...) que el H. Consejo de Estado entre otros elementos analizó la legitimación en la causa por pasiva de todas las entidades vinculadas a la contención y estableció el grado de responsabilidad que las mismas pudieron tener en el daño antijurídico causado al actor para así resolver declarar administrativamente responsables a tales entidades.

En efecto, en torno a la responsabilidad extracontractual se acoge el principio general del derecho conforme el cual, quien cause a otro debe repararlo, y cuando se hace mención de la responsabilidad administrativa se apunta particularmente a la responsabilidad civil que se atribuye a las personas públicas, situación esta que encontró probada el H. Consejo de Estado respecto del Ministerio de Justicia y del Derecho, por lo cual tiene el deber de responder por la condena impuesta dentro del asunto referenciado, máxime cuando desde la génesis del proceso dicha entidad intervino defendiéndose y conociendo del mismo, por lo que sin que (sic) hasta la fecha hubiera presentado actuación procesal o extraprocesal para modificar la condena que en su contra se impuso, esto es recurso de revisión, aclaración y/o complementación de sentencia no podría pretender desconocer la decisión que a la fecha se encuentra ejecutoriada y por tanto es de obligatorio cumplimiento conforme lo dispone el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 (...)."

C. APODERADO DEL SEÑOR ABRAHAM PARRA PIÑEROS

El apoderado del señor Abraham Parra Piñeros presentó un escrito en el que se limitó a coadyuvar los fundamentos tácticos y jurídicos presentados por la doctora Ana Belén Fonseca, en su calidad de apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho.

IV. Consideraciones

1. Competencia

A. Competencia de la Sala

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

"Artículo 112. (...) 10. Resolverlos conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo"

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el artículo 39 del código en cita también estatuyó:

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

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

En este caso particular, se debe precisar que si bien el conflicto de competencias administrativas propuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho recae indirectamente sobre el cumplimiento de una sentencia judicial, el mismo tiene como objeto definir un conflicto de competencias de carácter administrativa relativo a la facultad de tramitar la solicitud de pago de la sentencia judicial proferida a favor del Señor Abraham Parra Piñeros. Ciertamente, el artículo 192 del CPACA dispone:

*“Artículo 192. Cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, **adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.***

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.” (...)

*Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, **sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva**, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.*

En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.

El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarreará las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar”. (Destaca la Sala)

Como se puede observar, en virtud de esta norma es la entidad pública en contra de quien se profirió una decisión judicial, quien tiene la función de dar respuesta a la “solicitud de pago de la condena judicial” presentada por el interesado; respuesta que supone el ejercicio de una función administrativa que goza de autonomía y efectos propios (como la generación o no de intereses) frente a la acción judicial que puede adelantar el beneficiario para ejecutar la sentencia. En este orden de ideas, vale la pena reiterar las siguientes consideraciones expuestas por esta Sala en un pronunciamiento anterior:

“(...) el cumplimiento de una sentencia judicial por parte de una entidad u organismo público supone el ejercicio de la función administrativa, pues implica una actividad del Estado tendiente a garantizar la eficacia material de los derechos individuales o colectivos que hayan sido declarados o reconocidos en la respectiva providencia. (...)”

En lo que no existe acuerdo pleno es en el punto de si dicha función implica la realización de una actuación administrativa, de aquellas que se encuentran reguladas por los artículos 34 y siguientes del OPACA, o si se trata de una simple operación administrativa. A juicio de la Sala, una u otra calificación dependen principalmente del contenido del fallo, es decir, del alcance de las órdenes y decisiones que hayan sido adoptadas por la autoridad judicial, así como de las actividades, determinaciones y gestiones que deba realizar la entidad pública que resulte condenada, para darle cumplimiento. En todo caso, ya sea que se trate de una actuación administrativa o de una simple operación administrativa, lo cierto es que implica el ejercicio de la función administrativa en desarrollo de la cual pueden presentarse conflictos de competencia, bien sea porque dos o más entidades públicas se consideren competentes para ejercer dicha función (conflicto positivo), ora porque ninguna de ellas acepte la competencia para el efecto (conflicto negativo)”¹¹⁷.

Siguiendo esta línea argumentativa, se debe precisar que la competencia administrativa para dar cumplimiento a una sentencia judicial la define el juez al emitir la respectiva condena, razón por lo cual la Sala de Consulta y Servicio Civil no puede variar o alterar lo definido judicialmente en un fallo judicial, lo cual es de carácter obligatorio y debe ser acatado por las entidades públicas condenadas.

Sin embargo, en algunas ocasiones se pueden presentar dudas sobre la entidad estatal que está llamada a cumplir la condena judicial, cuando en el curso del proceso o después que haya sido proferida la sentencia, sobrevengan hechos que afecten la competencia de la entidad demandada o condenada, tales como la liquidación y extinción de la entidad estatal, la supresión o eliminación de sus funciones, su fusión o escisión con otra entidad, entre otras.

En tales eventos, si bien es cierto que la persona natural o jurídica beneficiada con la sentencia podría iniciar un proceso ejecutivo contra la entidad estatal condenada, a efectos de hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia, la incertidumbre sobre la entidad administrativa que sustituyó a la entidad condenada y, que por lo tanto, debe responder por el cumplimiento de la sentencia implicaría, en primer lugar, un sacrificio excesivo de los derechos de las personas que han obtenido un fallo a su favor a efectos de garantizar el cumplimiento de la sentencia, puesto que adelantado el proceso ejecutivo contra una entidad, se podría concluir que la competente para cumplir el fallo era otra; y por las mismas razones, un desgaste innecesario para el aparato judicial que, en consecuencia, deberá atender dos acciones ejecutivas para el cumplimiento de una misma decisión judicial. Por ello, para estos escenarios la Sala de Consulta y Servicio Civil ha manifestado lo siguiente:

117 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión Rad, con el No. 11001-03-06-000-2014-00106-00, del 15 de diciembre de 2014. M. P. Álvaro Namén Vargas.

*“En tales eventos excepcionales, la necesidad de garantizar los derechos reconocidos o declarados en la sentencia, así como el principio de la tutela judicial efectiva, que forman parte del derecho de acceso a la administración de justicia, como la Corte Constitucional lo ha señalado en varias sentencias, **hacen que la Sala de Consulta v Servicio Civil deba resolver el conflicto de competencias que se presente v declarar, por lo tanto, cuál de las entidades que participan en la disputa o. incluso, una tercera entidad u organismo, es el competente para cumplir lo ordenado en el fallo judicial.** Obviamente la Sala entiende que al dirimir dichos conflictos no puede adicionar, suprimir, modificar ni alterar de cualquier forma lo resuelto sustancia/mente en el fallo, y debe apegarse en todo lo posible, tanto a la voluntad real del operador judicial como al texto mismo de la sentencia”¹¹⁸ (Destaca la Sala).*

Ahora bien, en el caso objeto de análisis se configura una de las excepciones arriba referidas, puesto que la sentencia judicial que dio lugar a este conflicto de competencias fue dictada contra el Ministerio de Justicia y del Derecho, entidad que fue vinculada al respectivo proceso en el año 2002, pero que fue posteriormente fusionada con el Ministerio del Interior para dar nacimiento al Ministerio de Justicia y del Derecho, el cual, a su vez, fue posteriormente escindido dando lugar a la reorganización del Ministerio del Interior y a la creación del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Así las cosas, comoquiera que estas circunstancias no fueron tenidas en cuenta en el fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se condenó al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior y al Ministerio de Defensa Nacional a pagar las condenas dictadas a favor del Señor Abraham Parra Quijano, resulta necesario que la Sala entre a determinar qué entidad o entidades del Estado están obligadas a cumplir en la actualidad dicha sentencia, de acuerdo con las reglas de sustitución de competencias previstas en la ley y el reglamento al momento de fusionar el Ministerio de Justicia y del Derecho con el Ministerio del Interior y de ordenar su posterior escisión y reorganización en los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho. Se concluye, por lo tanto, que en el presente asunto existe un conflicto de competencias administrativas y que la Sala es competente para dirimirlo.

B. Términos legales

El procedimiento especialmente consagrado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA–, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

Esto obedece a la necesidad de definir, en toda actuación administrativa, la cuestión preliminar de la competencia, puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión Rad, con el No. 11001-03-06-000-2014-00106-00, del 15 de diciembre de 2014. Cit.

el ejercicio de sus funciones (artículo 6º) y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad. De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*.

Por su parte, el artículo 21 *ibídem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), dispone que *“(...) si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitario al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente”*.

De conformidad con este marco constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

2. Aclaración previa

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

Las eventuales alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud, así como en los documentos que forman parte del expediente.

En este caso particular, es necesario advertir que la Sala no podrá declarar quien es la autoridad competente *“para pagar”* la condena proferida en la sentencia dictada por el Consejo de Estado a favor del Señor Abraham Parra Piñeros, pues tal declaración corresponde al juez de conocimiento quien ya dictó sentencia condenatoria en contra de la Nación, representada por el “Ministerio de Justicia y del Derecho”, entre otros.

Así las cosas, la decisión de la Sala se limitará a determinar quién es el sustituto procesal del Ministerio de Justicia y del Derecho, en cuanto entidad demandada en el proceso adelantado en el año 2002 por el Señor Abraham Parra y, por ende, quien es la entidad competente para atender en sede administrativa la *solicitud de pago* de las condenas proferidas en la Sentencia del 3 de septiembre de 2015, de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Lo anterior, vale la pena reiterar, sin perjuicio de las acciones legales que corresponda adelantar al beneficiario de la sentencia, Señor Abraham Parra Piñeros, para la ejecución de la sentencia dictada por el Consejo de Estado, en atención a la obligatoriedad de los fallos judiciales y su inescindible relación con el derecho de acceso a la administración de justicia¹¹⁹.

3. Problema jurídico

Como se aprecia dentro de lo expuesto en los numerales anteriores, el problema jurídico del presente conflicto negativo de competencias se circunscribe en determinar cuál es la entidad estatal competente para atender la *solicitud administrativa de pago* de la sentencia condenatoria del 3 de septiembre de 2015, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso radicado con el No 2000123310002002-00136-01, en contra del “Ministerio de Justicia y del Derecho”.

4. Análisis del conflicto planteado

Para resolver el problema jurídico de este conflicto negativo de competencia, es necesario que la Sala entre a analizar y determinar qué entidad o entidades del Estado sustituyeron al Ministerio de Justicia y del Derecho, a efectos de atender los procesos judiciales en los que este era parte, al momento de su fusión y posterior escisión con el Ministerio del Interior.

a. Reglas de sustitución de competencias del ministerio de justicia y del derecho para atender procesos judiciales.

1. Contexto de la sustitución de competencias del Ministerio de Justicia y del Derecho para atender procesos judiciales: la fusión y posterior escisión del Ministerio del Interior y de Justicia

Mediante la Ley 790 de 2002, que tuvo como objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado, fueron fusionados el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho, creándose el denominado Ministerio del Interior y de Justicia, quien asumió los objetivos y funciones de los ministerios fusionados⁵¹. En consecuencia, el Ministerio del

¹¹⁹ Como lo ha manifestado esta Sala en varias decisiones, entre ellas, la del 27 de noviembre de 2014. Radicada con el No 11001-03-06-000-2014-00085-00. M.P. William Zambrano Cetina.

Interior y de Justicia asumió el conocimiento y trámite de los procesos judiciales en los que intervenían los ministerios fusionados¹²⁰.

Ocho años más tarde, el Gobierno nacional determinó que la fusión realizada entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho no cumplió con los objetivos de ahorro fiscal y de mayor eficacia en el desarrollo de la política que formulaban las carteras fusionadas al interior de su sector.

Por ello, el Gobierno propuso al Congreso de la República la escisión del Ministerio del Interior y del Derecho, al estimar que *“la realidad impone la necesidad de separar las funciones del Ministerio del Interior, que cumple una función estrictamente política, y tiene puntos de contacto con todos los agentes del Estado, del de Justicia, que debe ocuparse de asuntos técnicos que pueden ser atendidos con una planta menor. Por otro lado, la existencia de un Ministerio de Justicia especializado será de utilidad para garantizar una colaboración armónica entre las distintas ramas del Poder Público y mejorar sustancialmente el diseño de estrategias interinstitucionales con la Rama Judicial”*.

Es así como el Congreso de la República aprobó la Ley 1444 de 2011 *“por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”*. Esta ley dispone en su artículo primero:

“Artículo 1. Escisión del Ministerio del Interior y de Justicia. Escíndase del Ministerio del Interior y de Justicia los objetivos y funciones asignados por las normas vigentes al despacho del Viceministro de la Justicia y el Derecho y a las dependencias a su cargo”.

En armonía con esta previsión, el artículo cuarto señaló:

“Artículo 4. Creación del Ministerio de Justicia y del Derecho. Créase el Ministerio de Justicia y del Derecho, cuyos objetivos y funciones serán los escindidos del Ministerio del Interior y de Justicia de acuerdo con el artículo 1º de la presente ley”.

Para estos efectos, el artículo 18 de la misma ley concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República (en los términos del artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política), para determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios creados por disposición de la ley; modificar los objetivos y estructura orgánica de los Ministerios reorganizados y reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado, entre otras.

En desarrollo de estas facultades extraordinarias el Gobierno expidió los Decretos 2893 “por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior” y 2897 de 2011 “Por el cual se

120 Art. 3.

determinan los objetivos, la estructura orgánica, las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y se integra el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho”.

Para cada uno de los Ministerios, los decretos citados señalan el objetivo del sector, las funciones, la estructura del ministerio y el correspondiente sector, los fondos que deben administrar y las normas de transición sobre subrogación de contratos, convenios, transferencia de bienes, derechos, obligaciones, sustitución de procesos contractuales y transferencias de los procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios en los que era parte el escindido Ministerio del Interior y de Justicia.

Sobre este último aspecto, que interesa particularmente a este asunto, el art. 36 del Decreto 2893 del 11 de agosto de 2011 estableció lo siguiente:

“Artículo 37. Transferencia de procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios. Los procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios en los que sea parte el Ministerio del Interior y de Justicia quedarán a cargo del Ministerio del Interior salvo aquellos que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal deban ser adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, los cuales le serán transferidos dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto lo cual constará en las Actas que se suscriban para el efecto. El Ministerio del Interior adelantará y continuará con las acciones y trámites propios de cada proceso hasta tanto se haga efectiva la mencionada transferencia”.

En armonía con esta disposición, el art. 39 del Decreto 2897 del 11 de agosto de 2011 estableció:

“Artículo 39. Transferencia de procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios. Los procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios en los que sea parte el Ministerio del Interior y de Justicia quedarán a cargo del Ministerio del Interior, salvo aquellos que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal deban ser adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, los cuales le serán transferidos dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto, lo cual debe constar en las Actas que se suscriban para el efecto”.

Como se deriva de las normas transcritas, la sustitución de competencias para conocer de los procesos judiciales en los que era parte el Ministerio del Interior y de Justicia, implica una regla general que la radica en cabeza del reorganizado Ministerio del Interior y una excepción relativa a la transferencia de algunos procesos al nuevo Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual se hace depender de dos elementos fundamentales: i) uno funcional, esto es, que se trate de procesos que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal deban ser adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho; ii) y otro temporal, relativo a que estos procesos judiciales sean transferidos por el Ministerio del Interior al nuevo Ministerio de Justicia y del Derecho, dentro de término fijado en los citados Decretos leyes. Este último, acompañado el requisito formal de que la transferencia se haya hecho constar en acta suscrita para estos efectos.

Sobre el segundo elemento, es importante destacar la diferencia existente entre los términos previstos en el Decreto 2893 de 2011 (3 meses) y en el Decreto 2897 de 2011 (2 meses), para la transferencia de los procesos judiciales del Ministerio del Interior al nuevo Ministerio de Justicia y del Derecho.

Sobre el particular y teniendo en cuenta que ambos decretos fueron expedidos el mismo día, la Sala advierte la evidente necesidad de tomar como plazo para el traslado de los procesos judiciales del Ministerio del Interior al Ministerio de Justicia y del Derecho, la fecha máxima de tres (3) meses fijada en el Decreto 2983 de 2011.

Ahora bien, una interpretación finalista de este término previsto en el Decreto ley del Gobierno, para hacer efectiva la transferencia de los procesos judiciales que por su naturaleza, objeto o sujetos debían ser asumidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho, parece encontrar justificación en la exigencia de garantizar la responsabilidad y seguridad jurídica en la atención de estos procesos judiciales.

Ciertamente, el término previsto para la transferencia al Ministerio de Justicia y del Derecho, de los procesos judiciales que por su naturaleza, objeto o sujeto debían ser asumidos por esta cartera, representaba la garantía de que el Ministerio de Justicia y del Derecho asumiera en poco tiempo los pleitos judiciales de su competencia, al tiempo que iniciara las acciones y trámites necesarios para defender la posición de la Nación en estos procesos y realizara la provisión que le permitiera responder por las eventuales contingencias negativas de estos procesos.

En este orden de ideas, la Sala concluye que la regla general que rige actualmente en materia de sustitución de competencias para conocer de los procesos judiciales en los que era parte el escindido Ministerio de Justicia y del Derecho, es que los procesos que fueron transferidos por el Ministerio del Interior al Ministerio de Justicia y del Derecho, de conformidad con los términos sustanciales y temporales previstos en los arts. 37 y 39 de los Decretos 2893 y 2897 de 2011 son competencia del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Contrario sensu, todos los procesos que no hayan sido transferidos al Ministerio de Justicia y del Derecho son de competencia del Ministerio del Interior, quien por demás asumió la competencia general para conocer de estos procesos, de conformidad con los previsto en los arts. 37 y 38 de los Decretos 2893 y 2897 de 2011, respectivamente.

Por ende, mal podría el Ministerio del Interior pretender trasladar al Ministerio de Justicia y del Derecho, la responsabilidad de las conductas emitidas en contra del escindido “Ministerio de Justicia y del Derecho” o de los ministerios fusionados para su creación (esto es, los entonces Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho), en procesos judiciales que no le fueron transferidos al nuevo Ministerio de Justicia y del Derecho en los términos previstos en la ley.

B. El caso concreto

Como ya se indicó, en el presente conflicto la discusión versa sobre quién debe atender la solicitud administrativa de pago de la sentencia proferida por la Sección Tercera del

Consejo de Estado, en el proceso seguido con el 2000123310002002-00136-01 (32180), a favor del Señor Abraham Parra Piñeros, dada la negativa del Ministerio del Interior y del Ministerio de Justicia y del Derecho para asumirla.

Sea lo primero precisar que quien resultó condenado en la citada decisión fue la Nación, a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Justicia y del Derecho y, del Ministerio de Defensa y, por ende, la controversia versa sobre cual Ministerio debe afectar su presupuesto y cumplir las obligaciones operacionales necesarias para el pago correspondiente.

Al respecto, se debe señalar que cuando la sentencia del Consejo de Estado condenó al Ministerio de Justicia y del Derecho, está haciendo referencia a la cartera demandada por el Señor Abraham Parra Piñeros en el año 2002, esto es, aquella que desapareció del mundo jurídico a partir del mes de diciembre del mismo año, en virtud de la fusión ordenada por la Ley 790 de 2002, entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio del Interior, los cuales fueron remplazados para todos los efectos legales por el Ministerio del Interior y de Justicia¹²¹.

En consecuencia, se debe concluir que a partir de Diciembre del año 2002, el Ministerio del Interior y de Justicia sustituyó al fusionado Ministerio de Justicia y del Derecho, en los procesos judiciales adelantados a favor o en contra de este último, entre ellos, el proceso promovido por el Señor Abraham Parra Piñeros, a través de la acción de reparación directa.

Posteriormente, en virtud de la escisión del Ministerio del Interior y de Justicia ordenado por la Ley 1444 de 2011, esta competencia se sustituyó nuevamente, o en el reorganizado Ministerio del Interior o en el Ministerio de Justicia y del Derecho, de conformidad con la reglas de “transferencias” de procesos judiciales previstos en los arts. 37 y 39 de los Decretos leyes 2893 y 2897 de 2011. Sin embargo, estas circunstancias “sobrevinientes”¹²² no fueron tenidas en cuenta, ni en la decisión del 2 de agosto de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, ni en la decisión del 3 de diciembre de 2015 emitida por la Sección Tercera (Subsección B) del Consejo de Estado, tal y como se puede constatar con la lectura de estas decisiones. De ahí que, cuando la parte resolutive de estas decisiones condena al “Ministerio de Justicia y del Derecho”, debe entenderse que se trata del Ministerio que fue demandado en representación de la Nación en el año 2002, junto con otros ministerios y departamentos administrativos, y no al actual Ministerio de Justicia y del Derecho.

Por estas razones, no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado del Ministerio del Interior, en los alegados presentados en el curso de esta actuación, cuando afirma que la falta de competencia de ese Ministerio para conocer de la solicitud de

121. “Artículo 3o. *Fusión del Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho. Derogado por el art. 22 de la Ley 1444 de 2011.* Fusiónesse el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho y confórmese el Ministerio del Interior y la Justicia. **Los objetivos y funciones del Ministerio del Interior y la Justicia serán las establecidas para los Ministerios fusionados.** Cuando alguna de las funciones de los Ministerios fusionados deba ser realizada por otra entidad pública nacional, el Presidente de la República podrá reasignar dichas funciones en ejercicio de las facultades extraordinarias a las que se refiere el artículo 16 de la presente ley”. (Subraya la Sala).

122. Al momento en el que se trabó la litis.

pago de la sentencia proferida por el Consejo de Estado en el proceso seguido con el 2000123310002002-00136-01 (32180) obedece a que en la referida sentencia se condenó expresamente al “Ministerio de Justicia y del Derecho”, previo análisis de la legitimación de la causa por pasiva, y sin que hasta la fecha se haya presentado actuación procesal tendiente a modificar la sentencia que se impuso en su contra.

Por el contrario, se debe afirmar que la entidad que tiene la obligación de atender *la solicitud de pago de la condena proferida por la Sección Tercera (Subsección B) del Consejo de Estado, el 3 de diciembre de 2015*, en relación con el “Ministerio de Justicia y del Derecho”, es aquella que sustituyó al escindido Ministerio del Interior y de Justicia, en los procesos judiciales que, a su vez, habían asumidos por esta cartera en virtud de la fusión entre los entonces Ministerio del Interior y de Justicia y del Derecho.

En este orden de ideas, la confrontación de lo dispuesto en los arts. 37 del Decreto ley 2893 de 1991 y 39 del Decreto ley 2897 del mismo año, antes analizados, con lo efectivamente sucedido en relación con el proceso adelantado por el Señor Abraham Parra Quijano y radicado en el Consejo de Estado con el 2000123310002002-00136-01 (32180), dan una solución clara al asunto.

En efecto, comoquiera que el Acta de fecha 30 de septiembre de 2011, por medio de la cual el Ministerio del Interior, en cumplimiento de lo previsto en los arts. 37 y 39 *ibídem*, le entregó formal y materialmente al Ministerio de Justicia y del Derecho, los procesos judiciales que por su naturaleza, objeto y sujetos debían ser asumidos por esta cartera en virtud de la escisión del Ministerio del Interior y de Justicia, no se encuentra incluido el proceso judicial adelantado por el Señor Abraham Parra Piñeros en contra del entonces Ministerio de Justicia y otros, es imperativo concluir que la competencia para conocer de este proceso se radicó en cabeza del actual Ministerio del Interior.

En segundo lugar, la Sala observa que atendiendo a la naturaleza, objeto y sujetos del proceso judicial promovido por el Señor Abraham Parra Piñeros, no es posible afirmar de manera indubitable que la competencia para asumir este proceso haya debido ser transferida al actual Ministerio de Justicia y del Derecho.

Se observa que el “Ministerio de Justicia y del Derecho” (entre otros) fue condenado en la Sentencia del Consejo de Estado del 3 de septiembre de 2015, teniendo en cuenta que este firmó, en nombre del Gobierno nacional y junto con otros ministerios, la Resolución 85 del 14 de octubre de 1998, mediante la cual se declaró abierto el proceso de diálogo con las FARC y se implementó la zona de distensión en los municipios de Mesetas, La Uribe, La Macarena, Vista Hermosa y San Vicente del Caguán, creando el “riesgo excepcional” que dio lugar a los daños y perjuicios sufridos por el Señor Abraham Parra Piñeros.

Sin embargo, la Sala advierte que el Ministerio de Justicia y del Derecho que firmó la Resolución 85 del 14 de octubre de 1998 no es el mismo que funciona actualmente y, adicionalmente, la dificultad de sostener un nexo indisoluble entre los objetivos y funciones atribuidos a esta cartera y el hecho generador del daño que dio lugar a las

condenas dictadas por el Consejo de Estado en la Sentencia del 3 de septiembre de 2015 (creación de la zona de distensión).

Frente a lo anterior, el supuesto de hecho indubitable es que el Ministerio del Interior transfirió al Ministerio de Justicia y del Derecho, conforme con los criterios de sustitución de competencias previstos en los Decretos leyes 2893 y 2897 de 2011, los procesos que debían ser asumidos por esta entidad, sin incluir el proceso judicial que dio lugar al presente conflicto de competencia y, por lo tanto, aceptó tener la competencia para seguir atendiendo este proceso en razón de su naturaleza, objeto y sujetos.

Por estas razones, la Sala concluye que la entidad competente para dar trámite a la solicitud administrativa de pago de la sentencia condenatoria proferida a favor del Señor Abraham Parra Piñeros, en lo relativo al “Ministerio de Justicia y del Derecho”, es el Ministerio del Interior.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente al Ministerio del Interior para tramitar de fondo la solicitud de pago de la condena proferida mediante Sentencia del 3 de septiembre de 2015, de la Sección Tercera (Subsección B) del Consejo de Estado, a favor del señor Abraham Parra Piñeros, en la parte correspondiente al “Ministerio de Justicia y del Derecho”.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia al Ministerio del Interior para que adelante la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Reconocer personería al doctor Crispín Roberto Pavajeau Villazón, como apoderado del Ministerio del Interior, y a la doctora Ana Belén Fonseca Oyuela, como apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, en los términos de los respectivos poderes.

CUARTO: Comunicar la presente decisión al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio del Interior, al Señor Abraham Parra Piñeros y a su apoderado, doctor Juan de la Cruz Aarón Quintero.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

7. Agencia Nacional de Minería y Servicio Geológico Colombiano.

Asunto: Transferencia de los procesos judiciales entre el Servicio Geológico Colombiano (SGC) antes Ingeominas a la Agencia Nacional de Minería (ANM).

Radicado 2016-00111

Fecha: 13/03/2017

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

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

I. Antecedentes

Con base en la información relacionada en el expediente, se exponen a continuación los antecedentes que dan origen al presente conflicto:

1. El Decreto Ley 4131 de 2011 modificó la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas) de establecimiento público a Instituto Científico y Técnico. Igualmente cambió su denominación a Servicio Geológico Colombiano (SGC).
2. El Decreto Ley 4134 de 2011 creó la Agencia Nacional de Minería (ANM), la cual tiene entre otras funciones las de: i) ejercer como autoridad minera o concedente en el territorio nacional, ii) diseñar, implementar y divulgar estrategias de promoción y explotación de minerales, iii) promover la incorporación de la actividad minera en los planes de ordenamiento territorial, y iv) ejercer las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos minerales.
3. Como consecuencia del cambio de naturaleza jurídica de Ingeominas al SGC, este último mediante Acta N° 1 del 3 de mayo de 2012, hizo entrega de los procesos judiciales que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal le correspondían a la ANM.
4. Dentro de los procesos judiciales transferidos se encontraba el proceso penal número 2010-03094, por el delito de prevaricato por acción adelantado en contra del señor Emiro Javier Brito Bolívar en su condición de Secretario de Hacienda del Municipio de Barrancas.

La ANM expresó que el proceso penal mencionado se originó en los siguientes antecedentes fácticos:

- a. El Secretario de Hacienda del Municipio de Barrancas (La Guajira), solicitó a Ingeominas la siguiente información:
- Volumen o cantidad de carbón explotado en el área del Cerrejón Central, por las empresas operadoras en la extracción de carbón de propiedad privada en el proyecto minero ubicado en el Municipio de Barrancas Guajira durante la vigencia fiscal de los años 2003 a 2007 e informar la empresa o empresas que ejercen y han ejercido en las citadas vigencias anuales, actividad de operación y explotación de carbón autorizada por la autoridad competente, mediante la adjudicación de título minero en esa zona, discriminando los volúmenes de producción individual del mineral explotado.
 - Identificación de las empresas que desarrollan o ejecutan explotación minera de carbón en el Cerrejón Centro (oreganal y otros) en el Municipio de Barrancas dentro de las citadas vigencias.
 - Las tarifas de liquidación de regalías aplicadas y gravadas a la producción de carbón extraída durante las mismas vigencias en el Municipio de Barrancas, citando las normas legales en que se fundamentan las liquidaciones de regalías de cada una de las vigencias fiscales discriminadas de manera individual por año causado.
 - Los valores (FOB) en la venta de carbón utilizada como base para el efecto de la liquidación de regalías correspondiente a las citadas vigencias fiscales.
 - Cuantía y valor de pago por concepto de liquidación consignado al Municipio de Barrancas mediante transferencia efectuada en las vigencias señaladas.
 - Certificaciones de volúmenes de carbón explotados y de consumo interno explotados durante las citadas vigencias en el Municipio de Barrancas.
- b. El 18 de febrero de 2009, la Dirección del Servicio Minero de Ingeominas a través de la comunicación DSM-036 dio respuesta al derecho de petición.
- c. El 27 de febrero de 2009, la Secretaría de Gobierno Municipal de Barrancas, solicitó información por cuanto al parecer no había sido recibida la comunicación en donde Ingeominas dio respuesta al derecho de petición; en esta comunicación se advierte sobre la formulación de pliego de cargos y sobre la presunta facultad sancionatoria que ostenta dicha Secretaría, en virtud del estatuto tributario.
- d. El 4 de marzo de 2009, la Dirección del Servicio Minero por medio de la comunicación DSM-054 dio respuesta a la Alcaldía de Barrancas, informándole la fecha en que se había dado respuesta al derecho de petición.
- e. Mediante la Resolución 033 de 2009, el Secretario de Hacienda del Municipio de Barrancas formuló pliego de cargos en contra de Ingeominas por incurrir en mora de

suministrar la información solicitada, así como por la omisión de algunas solicitudes realizadas por la Secretaría.

- f. El 6 de mayo de 2009, mediante comunicación DSM-159, Ingeominas respondió al pliego de cargos formulado.
- g. El 6 de mayo de 2009, el Secretario de Hacienda del Municipio de Barrancas, mediante la Resolución 046 de 2009 impuso a Ingeominas multa por valor de \$400 millones, por la presunta omisión e incumplimiento con el deber y la obligación oficial de presentar la información precisa por parte de Ingeominas, referente a las regalías de carbón.
- h. El 6 de julio de 2009, dentro del término legal Ingeominas interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 046 de 2009 ante el Secretario de Hacienda Municipal de Barrancas, el cual fue resuelto el 16 de julio de 2009 confirmando la decisión de multar a Ingeominas.
- i. El 25 de agosto de 2009, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Barrancas, libró mandamiento ejecutivo de pago contra Ingeominas por la suma de \$400 millones.
- J. El 25 de septiembre de 2009, el Tesorero del Municipio de Barrancas libró orden de embargo por valor de \$800.000.000 al Banco de Bogotá, en las cuentas que reposan en ese banco a nombre de Ingeominas.
- K. El 14 de octubre de 2009 el Municipio de Barrancas emitió auto por medio del cual se liquidó el crédito y costas del proceso por un valor de \$468.170.000. Sin embargo, el excedente embargado por el Municipio no fue devuelto a Ingeominas.
- l. Teniendo en cuenta que los bancos procedieron a dar cumplimiento a la orden de embargo de las cuentas, Ingeominas procedió a registrar en noviembre de 2009, la cuenta por cobrar al Municipio de Barrancas así:

DÉBITO: 147013 EMBARGOS JUDICIALES \$800.000.000

CRÉDITO: 111006 BANCOS \$800.000.000

- m. El 23 de noviembre de 2009, mediante comunicación 254 Ingeominas informó al Banco de Bogotá, la naturaleza de los recursos existentes en dos de las cuentas en donde se libró la orden de embargo, esto es, recursos provenientes de regalías así como recursos destinados a la nómina de la entidad, los cuales son inembargables.
- n. Ante la inconformidad por la actuación del Municipio de Barrancas, Ingeominas presentó solicitud de revocatoria directa de la Resolución 046 de 2009, junto con la solicitud de reconsideración, las cuales no tuvieron respuesta favorable para la entidad; a su vez, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho la

cual fue rechazada mediante auto del 28 de enero de 2010 emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira.

- o. El 19 de marzo de 2010 Ingeominas teniendo en cuenta el resultado del pliego de cargos interpuesto por el Municipio de Barrancas, denunció penalmente al Secretario de Hacienda del municipio de Barrancas (La Guajira), por el presunto delito de prevaricato por acción.
5. El SGC indicó que mediante Acta No. 8 del 30 de junio de 2012, entregó a la ANM las cuentas de ahorros del Banco de Bogotá y del Banco BBVA que recaudan los recursos de regalías y al respecto manifestó:

“Como se observa, la obligación de transferir las cuentas bancarias y el proceso judicial derivado de los débitos efectuados sobre las mismas por parte del Municipio de Barrancas, ya fue efectuado por el Servicio Geológico Colombiano, quedando pendiente el recibo por parte de la ANM de la cuenta contable No. 147013, la cual soporta en el registro del menor valor de las regalías por distribuir o cobrarse al Municipio de Barrancas”.

6. El Servicio Geológico Colombiano (SGC) se reunió en varias oportunidades¹²³ con la Agencia Nacional de Minería (ANM) a efectos de abordar el tema de la entrega de la cuenta por cobrar al Municipio de Barrancas por el embargo, según ellos, injustificado de \$804 millones en el año 2009, sin llegar a ningún acuerdo.
7. El 5 de julio de 2016 la Agencia Nacional de Minería (ANM) radicó ante esta Sala solicitud de resolución de conflicto negativo de competencias administrativas entre la Agencia Nacional de Minería (ANM) y el Servicio Geológico Colombiano (SGC), en procura de definir quién es la autoridad competente para recibir y adelantar las diligencias relacionadas con la gestión de cobro de la cuenta contable No. 147013 al Municipio de Barrancas (departamento de La Guajira), por valor de m/cte. (\$804.683.214.00).

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite de este conflicto. Consta que se informó sobre el presente conflicto a la Agencia Nacional de Minería, al Servicio Geológico Colombiano, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio de Minas y Energía, al Municipio de Barrancas (Guajira), a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Barrancas (Guajira), al Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, a la Fiscalía Primera Seccional de Riohacha, con el fin de que pudieran presentar sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente.

¹²³ Martes 16 de diciembre de 2014 (folios 72 a 74), miércoles 29 de abril de 2015 (folios 75 a 77), viernes 21 de agosto de 2015 (folios 78 a 79), lunes 21 de diciembre de 2015 (folios 80 a 82), martes 9 de febrero de 2016 (folios 83 a 85).

Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto se recibieron alegaciones del Servicio Geológico Colombiano y de la Agencia Nacional de Minería.

III. Argumentos de las partes

1. De la Agencia Nacional de Minería (ANM)

Luego de hacer una breve reseña respecto a la creación, naturaleza jurídica, objeto y funciones de la Agencia Nacional de Minería (ANM), manifestó que desde el punto de vista legal, el proceso penal identificado con el número 2010-03094 por el delito de prevaricato por acción adelantado en contra del señor Emiro Javier Brito Bolivar en su condición de Secretario de Hacienda del Municipio de Barrancas, no es el medio procesal idóneo para recibir dicha cuenta contable, la cual actualmente resulta incobrable, toda vez que el Servicio Geológico Colombiano en su momento no adelantó las acciones judiciales y/o administrativas tendientes a atacar los actos administrativos que ordenaron el embargo de la cuenta en comento por parte de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Barrancas (Guajira).

Expresó que el Servicio Geológico Colombiano (SGC) no adelantó desde el punto de vista contable las acciones necesarias tendientes a afectar las contingencias potenciales o sometidas a alguna condición tal como lo advirtió la Contaduría General de la Nación.

Ahora bien, manifestó que con la notificación de la Resolución 033 de 2009 de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Barrancas, mediante la cual se formuló pliego de cargos en contra, debió realizar a lo largo del proceso, análisis de riesgo sobre los impactos financieros que implicaba dicha resolución. Si de este análisis se hubiera concluido que la probabilidad fuera baja, dicha situación se debió controlar en cuentas de orden contingentes o si el fallo saliera en contra, se debió reconocer un gasto por provisión y así mismo proceder a reversar las cuentas de orden. Puso en conocimiento que la cuenta contable es una cuenta de difícil recaudo y que la causa del embargo no obedece a temas mineros sino administrativos.

Indicó que pese a que Ingeominas hoy SGC manifestó que en su momento presentó *“solicitud de revocatoria directa de la Resolución 046 de 2009, solicitud de reconsideración, sin respuesta favorable para la entidad, a su vez presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho la cual fue rechazada con auto del 28 de enero de 2010 emitido por el Tribunal Administrativo de la Guajira”*, no han sido aportados dichos documentos a la ANM, ni tampoco se han explicado las razones por las cuales el tribunal rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual era el medio procesal idóneo para atacar los actos administrativos en mención.

En ese orden de ideas aclaró que la acción penal tiene su origen en la presunta comisión de un delito, el cual luego de surtir las etapas previstas en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), puede concluir con la imposición de una de las penas previstas para los delitos consagrados en la Ley 599 de 2000 (Código Penal) o con la absolución del

acusado. Como se puede observar la acción penal no fue instituida por el legislador para atacar la legalidad de actos administrativos, ni mucho menos para recuperar los dineros embargados. Insistió en que la ANM no puede hacerse responsable de las acciones u omisiones en vía administrativa en que Ingeominas.

2. Del Servicio Geológico Colombiano (SGC)

Indicó que tanto el Decreto Ley 4131 de 2011 como el Decreto 4134 de 2011, contemplaron expresamente la entrega de los procesos judiciales relacionados con asuntos mineros. Señaló que independientemente de que la cuenta sea incobrable o no, debe considerarse que se trata de dineros provenientes de regalías, y por lo mismo, en caso alguno deben afectar el sistema de regalías. Destacó que los recursos que pretenden recuperarse fueron de las cuentas bancarias de Ingeominas destinadas para este fin específico. Por provenir de regalías, el SGC no puede hacer ningún registro contable ni ninguna acción al respecto, pues estos recursos le competen a la actual autoridad minera, quien se niega a recibir la citada cuenta.

Expresó que aunado a lo anterior, el proceso penal debe concluir con un incidente de reparación integral cuyo recaudo solo puede beneficiar a la ANM que hoy se niega a recibir la cuenta contable y a la cual según lo determine el juez, será indemnizada y se le pagarán los daños y perjuicios causados.

Argumentó que para dar cumplimiento a la transición fijada por el Gobierno nacional en los Decretos Ley 4131 y 4134 de 2011, el SGC y la ANM suscribieron el Convenio 008 de 2012 en virtud del cual, por tratarse de regalías debe llevarse a cabo la transferencia que hoy rechaza la ANM. Recordó que la ANM recibió el proceso penal relacionado, por lo que también debe recibir su registro contable, dado que así se especificó en el Convenio.

Insistió en que el registro de la obligación está ligado a la entrega del proceso a la ANM, por lo cual, al transferirse el proceso debe igualmente transferirse la obligación que tiene el Municipio con la entidad de reintegrar los dineros que hoy asciende a \$804.683.214¹²⁴. Por último indicó que de acuerdo al comité de sostenibilidad del año 2015 la cuenta contable que rechaza la ANM ya no hace parte de los estados financieros del SGC, por corresponder a recursos de regalías que son de competencia de la autoridad minera de acuerdo a las funciones de liquidar, recaudar, administrar y transferir las mismas.

¹²⁴ El Servicio Geológico Colombiano manifestó que los dineros fueron retirados injustificadamente de las cuentas bancarias de Ingeominas como sanción por emitir información incompleta, intereses, costas y demás, y que no fueron devueltos a la autoridad minera en su momento; adicionalmente y como se evidencia en el expediente de la demanda, la suma retirada fue de \$804 millones, cuando en realidad tan solo eran \$468.170.000 (folio 105).

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Como se evidencia en el análisis de los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional, el Servicio Geológico Colombiano (SGC) y la Agencia Nacional de Minería (ANM) que rechazan el ejercicio de una función administrativa en un caso particular y concreto, esto es, recibir y continuar el trámite y ejecución de una cuenta por cobrar. Se concluye por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

b. Términos legales

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ordena: *“Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”.* En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria)

1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 *ibídem*.

La interpretación armónica de los artículos 2º y 34¹²⁵ del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general. Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho Código.

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

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

2. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia. Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia.

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

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

3. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar cuál es la autoridad administrativa competente para recibir y adelantar las diligencias relacionadas con la gestión de cobro de una cuenta contable proveniente de recursos de regalías.

4. Análisis del conflicto planteado

4.1. El Servicio Geológico Colombiano (SGC) y la Agencia Nacional de Minería (ANM)

Los Decretos 4131 y 4134 de 2011 fueron promulgados por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el literal e) del artículo 18 de la ley 1444 de 2011, con el fin de hacer más coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública; lo que conlleva a lograr un mejor uso de los recursos públicos y una mayor rentabilidad social.

El primero de ellos modificó la naturaleza jurídica y denominación del Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas), convirtiéndolo de establecimiento público en Instituto Científico y Técnico bajo el nombre de Servicio Geológico Colombiano con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica, financiera y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas y Energía, el cual hace parte del Sistema Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación (SNCTI). Su nuevo objeto, de acuerdo con el artículo 3º, consiste en:

“Realizar la investigación científica básica y aplicada del potencial de recursos del subsuelo: adelantar el seguimiento y monitoreo de amenazas de origen geológico, administrar la información del subsuelo, garantizar la gestión segura de los materiales nucleares y radiactivos del país, coordinar proyectos de investigación nuclear, con las limitaciones del artículo 81 de la Constitución Política, y el manejo y la utilización del reactor nuclear de la Nación”.

El artículo 4º de la Ley 4131 de 2011 dispuso que para el cumplimiento del objeto, el Servicio Geológico Colombiano (SGC) cumplirá las siguientes funciones:

“1. Asesorar al Gobierno nacional para la formulación de las políticas en materia de geociencias, amenazas y riesgos geológicos, uso de aplicaciones nucleares y garantizar la gestión segura de los materiales nucleares y radiactivos en el país.

2. Adelantar la investigación científica básica y aplicada del potencial de recursos del subsuelo y administrar los datos e información del subsuelo del territorio nacional.

3. Generar e integrar conocimientos y levantar, compilar, validar, almacenar y suministrar, en forma automatizada y estandarizada, información sobre geología, recursos del subsuelo y amenazas geológicas, de conformidad con las políticas del Gobierno nacional.

4. *Actualizar el mapa geológico colombiano, de acuerdo al avance de la cartografía nacional.*

5. *Integrar y analizar la información geocientífica del subsuelo, para investigar la evaluación, la composición y los procesos que determinan la actual morfología, estructura y dinámica del subsuelo colombiano.*

6. *Administrar la Litoteca, Cintoteca, Mapoteca, Museo Geológico y demás fondos documentales del Servicio Geológico Colombiano.*

7. *Adelantar programas de reconocimiento, prospección y exploración del territorio nacional, de acuerdo con las políticas definidas por el Ministerio de Minas o el Gobierno nacional.*

8. *Realizar la identificación, el inventario y la caracterización de las zonas de mayor potencial de recursos naturales del subsuelo, tales como minerales, hidrocarburos, aguas subterráneas y recursos geotérmicos, entre otros.*

9. *Identificar, evaluar y establecer zonas de protección que, en razón de la presencia de patrimonio geológico o paleontológico del país, puedan considerarse áreas protegidas.*

10. *Investigar fenómenos geológicos generadores de amenazas y evaluar amenazas de origen geológico con afectación regional y nacional en el territorio nacional.*

11. *Proponer, evaluar y difundir metodologías de evaluación de amenazas con afectaciones departamentales y municipales.*

12. *Administrar y mantener las instalaciones nucleares y radiactivas a su cargo, así como coordinar los proyectos de investigación nuclear.*

13. *Fijar las tarifas de todos los servicios de licenciamiento y control para la gestión de materiales nucleares y radiactivos en el país.*

14. *Prestar servicios relacionados con el conocimiento geocientífico y del uso de las aplicaciones nucleares, de acuerdo con las políticas definidas por el Consejo Directivo.*

15. *Suministrar a la Unidad de Planeación Minero-Energética la información que se requiera para la elaboración de estudios e investigaciones de planeamiento sobre los recursos del subsuelo.*

16. *Las demás que se le asignen o reciba por delegación del Ministerio de Minas y Energía”.*

A su vez el Decreto 4134 de 2011 creó la Agencia Nacional de Minería (ANM), a la cual se le reconoció la naturaleza de agencia estatal especial del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía

administrativa, técnica y financiera y adscrita al Ministerio de Minas y Energía. La ley fijó como objeto de la Agencia:

“[A]dministrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo requieran, lo mismo que hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley”¹²⁶.

Con este propósito, entre las funciones reconocidas a la Agencia se encuentra las siguientes:

- “1. Ejercer las funciones de autoridad minera o concedente en el territorio nacional.*
- 2. Administrar los recursos minerales del Estado y conceder derechos para su exploración y explotación*
- 3. Promover, celebrar, administrar y hacer seguimiento a los contratos de concesión y demás títulos mineros para la exploración y explotación de minerales de propiedad del Estado cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley.*
- 4. Diseñar, implementar y divulgar estrategias de promoción de la exploración y explotación de minerales.*
- 5. Proponer y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en la formulación de la política gubernamental y en la elaboración de los planes sectoriales en materia de minería, dentro del marco de sostenibilidad económica, social y ambiental de la actividad minera.*
- 6. Administrar el catastro minero y el registro minero nacional.*
- 7. Mantener actualizada la información relacionada con la actividad minera.*
- 8. Liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, en los términos señalados en la ley.**
- 9. Determinar la información geológica que los beneficiarios de títulos mineros deben entregar, recopilarla y suministrarla al Servicio Geológico Colombiano.*
- 10. Desarrollar estrategias de acompañamiento, asistencia técnica y fomento a los titulares mineros con base en la política definida para el sector y en coordinación con las autoridades competentes.*

126 Decreto 4134 de 2011, Artículo 3.

11. *Administrar y disponer de los bienes muebles e inmuebles que pasen al Estado por finalización de los contratos de concesión y demás títulos mineros en que aplique cláusula de reversión.*

12. *Promover la incorporación de la actividad minera en los planes de ordenamiento territorial.*

13. *Apoyar la realización de los procesos de consulta previa a los grupos étnicos en coordinación con las autoridades competentes.*

14. *Dar apoyo al Ministerio de Minas y Energía en la formulación y ejecución de la política para prevenir y controlar la explotación ilícita de minerales.*

15. *Fomentar la seguridad minera y coordinar y realizar actividades de salvamento minero sin perjuicio de la responsabilidad que tienen los particulares en relación con el mismo.*

16. *Reservar áreas con potencial minero, con el fin de otorgarlas en contrato de concesión.*

17. *Ejercer las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos minerales de propiedad estatal.*

18. *Las demás que le sean asignadas y que le delegue el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con las normas vigentes.”(Negrilla fuera de texto)*

Es importante señalar que Ingeominas, hoy SGC, antes de la creación de la ANM ejercía funciones de autoridad minera, por virtud de delegación que le hiciera el Ministerio de Minas y Energía a través de la Resolución 180074 del 27 de enero de 2004¹²⁷. La ANM asumió las funciones de autoridad minera a partir del 3 de mayo de 2012, funciones que anteriormente eran ejercidas por Ingeominas.

4.2. Régimen de transición

En virtud de la creación de la ANM y el cambio de naturaleza jurídica, funciones y denominación de Ingeominas, hoy SGC, los Decretos 4131 y 4134 de 2011 incorporaron un capítulo referente al régimen de transición aplicable al SGC y a la ANM.

Decreto 4131 de 2011:

Artículo 11. Régimen de transición. El Servicio Geológico Colombiano seguirá ejerciendo todas las funciones, incluyendo aquellas en materia minera, que por competencia directa o por delegación se le habían asignado al Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas) hasta que entre en operación la Agencia Nacional de Minería (ANM).

¹²⁷ “Delegar en Instituto de Investigación e Información Geocientífica, Minero-Ambiental y Nuclear (Ingeominas) las funciones que le competen al Ministerio de Minas y Energía como autoridad minera y concedente en los términos de la Ley 685 de 2001, excepto las que se relacionan a continuación...”. Artículo 1°.

Decreto 4134 de 2011:

Artículo 19. Régimen de transición. El Servicio Geológico Colombiano seguirá ejerciendo todas las funciones, incluyendo aquellas en materia minera que por competencia directa o por delegación se le habían asignado al Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas), hasta que entre en operación la Agencia Nacional de Minería (ANM), lo cual deberá ocurrir dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente Decreto.

Los artículos antes mencionados, establecieron un régimen de transición en virtud del cual el SGC seguiría cumpliendo las funciones (incluyendo la de autoridad minera) delegadas por el Ministerio de Minas y Energía a Ingeominas, hasta tanto entrara en operación la ANM. Además, estas normas regularon entre otros aspectos: i) el ejercicio de funciones¹²⁸, ii) la asignación de bienes y activos¹²⁹, iii) la subrogación de contratos, y iv) la transferencia de procesos judiciales.

En relación con la transferencia de los procesos judiciales que adelantaba Ingeominas, para que los asumieran el Servicio Geológico Colombiano (SGC) y la Agencia Nacional de Minería (ANM) según su respectiva competencia, los decretos que establecieron la estructura orgánica y las funciones de tales entidades adoptaron normas similares. En efecto, el artículo 14 del Decreto 4131 de 3 de noviembre de 2011, *“Por el cual se cambia la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas)”*, previó lo siguiente:

“Los procesos judiciales en los que sea parte Ingeominas quedarán a cargo del Servicio Geológico Colombiano salvo aquellos que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal deban ser adelantados por la Agencia Nacional de Minería (ANM), los cuales le serán transferidos una vez esta entidad entre en operación. El Servicio Geológico Colombiano continuará con las acciones y trámites propios de cada proceso judicial hasta tanto sea efectiva la mencionada transferencia”.

En el mismo sentido el artículo 22 del Decreto 4134 de 3 de noviembre de 2011, *“Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería (ANM), se determina su objetivo y estructura orgánica”*, establece lo siguiente:

“Los procesos judiciales en los que sea parte Ingeominas quedarán a cargo del Servicio Geológico Colombiano salvo aquellos que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal deban ser adelantados por la Agencia Nacional de Minería (ANM), los cuales le serán transferidos una vez esta entidad entre en operación, lo cual deberá ocurrir dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente Decreto. El Servicio Geológico Colombiano

128 El artículo 11 del Decreto 4131 de 2011 estableció: “El Servicio Geológico Colombiano seguirá ejerciendo todas las funciones, incluyendo aquellas en materia minera, que por competencia directa o por delegación se le habían asignado al Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas) hasta que entre en operación la Agencia Nacional de Minería (ANM)”. El artículo 19 del Decreto 4134 se pronuncia en la misma dirección.

129 El artículo 21 del Decreto 4131 de 2011 señaló: “Los bienes y activos, derechos, obligaciones y archivos del Servicio Geológico Colombiano, incluidas las hojas de vida, que tengan relación con la competencia de la Agencia Nacional de Minería (ANM), se determinarán y transferirán a título gratuito por ministerio de la ley, mediante acta de entrega y recibo de inventario detallado, suscrita por los respectivos representantes legales, dando cumplimiento, en el caso de los archivos, a lo dispuesto en la Ley General de Archivo...”. El artículo 21 del Decreto 4134 de 2011 se pronuncia en la misma dirección.

continuará con las acciones y trámites propios de cada proceso judicial hasta tanto sea efectiva la mencionada transferencia”.

Como se aprecia, estas normas son bastante similares, diferenciándose simplemente en el término de 6 meses con que cuenta la ANM para entrar en operación.

Los artículos 14 del Decreto 4131 de 2011 y 22 del Decreto 4134 de 2011 regulan una situación de carácter administrativo entre el Servicio Geológico Colombiano - SGC y la Agencia Nacional de Minería (ANM), para la transferencia de los procesos judiciales en los cuales era parte Ingeominas escindido, de manera que la Agencia Nacional de Minería se hiciera cargo de la representación judicial de aquellos procesos que por su naturaleza, objeto o sujeto procesal le correspondieran, de acuerdo con sus objetivos y funciones. De la lectura de estas disposiciones se desprende igualmente el deber del SGC de adelantar los procesos judiciales en los que fuera parte Ingeominas hasta tanto la ANM entrara en operación.

5. Caso concreto

Como ya se indicó, el cambió de la naturaleza jurídica y la denominación de Ingeominas, hoy Servicio Geológico Colombiano (SGC), por un lado, y la creación de la Agencia Nacional de Minería (ANM), por el otro, hicieron necesaria una distribución de funciones, procesos y bienes entre dichas entidades.

En desarrollo de lo anterior, los referidos órganos adelantaron un conjunto de reuniones denominadas “Seguimiento entrega de bienes del Servicio Geológico Colombiano a la Agencia Nacional de Minería (ANM), Convenio Interadministrativo N°008 de 2012”. Luego de realizadas varias de ellas, la Agencia se ha negado a recibir la cuenta contable por cobrar derivada del embargo de regalías injustificado que realizó el Municipio de Barrancas a Ingeominas, con el argumento de que es una cuenta que “actualmente resulta incobrable” y que, según la ANM, le correspondía al SGC continuar con la cuenta a su cargo y realizar el trámite respectivo.

Con fundamento en los Decretos 4131 y 4134 de 2011¹³⁰, observa la Sala que la Agencia Nacional de Minería (ANM), es la autoridad competente para recibir y adelantar la gestión de cobro de la cuenta contable No. 147013. A esta conclusión se arriba con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) En virtud del cambio de naturaleza y la reasignación y otorgamiento de nuevas competencias, el SGC ejerce actualmente funciones correspondientes a materias de naturaleza científica, técnica e investigativa¹³¹.

b) Los derechos y obligaciones que tenía a su cargo Ingeominas y que estén relacionados con la competencia de la ANM, deben ser asumidos por esta última¹³².

¹³⁰ Artículos 11, 13 y 14 del Decreto 4131 de 2011 y artículos 19, 21 y 22 del Decreto 4134 de 2011.

¹³¹ Artículo 3° del Decreto 4131 de 2011

¹³² El artículo 13 del Decreto 4131 de 2011 y del artículo 21 del Decreto 4134 de 2011 establecieron: “Asignación de Bienes y Activos. Los bienes y activos, **derechos, obligaciones** y archivos de Servicio Geológico Colombiano, incluidas las hojas de vida, que tengan relación con la competencia de la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determinarán y transferirán a título gratuito por ministerio de la ley, mediante acta de entrega y recibo

c) En esta dirección, dentro de las funciones de la SGC no se encuentran el manejo de los recursos de regalías, función que sí tiene a su cargo la Agencia Nacional de Minería (ANM), tal como lo indicó el artículo 4º numeral 8º que estableció la función de “*Liquidar, recaudar, administrar y transferir las regalías y cualquier otra contraprestación derivada de la explotación de minerales, en los términos señalados en la ley*”¹³³.

d) De acuerdo con lo manifestado en el expediente, la cuenta No. 147013 tiene como objeto recursos de regalías, recursos cuyo recaudo y administración corresponde a la ANM.

Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario público que haya omitido realizar las actividades necesarias que permitieran recobrar los dineros embargados.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Agencia Nacional de Minería (ANM) para recibir y adelantar las diligencias relacionadas con la gestión de cobro de la cuenta contable No. 147013 proveniente de recursos de regalías.

SEGUNDO: Enviar el expediente de esta actuación a la Agencia Nacional de Minería – ANM, para lo de su competencia.

TERCERO: Comunicar esta decisión a la Agencia Nacional de Minería (ANM) y al Servicio Geológico Colombiano (SGC).

CUARTO: Reconocer a los doctores David Fernando Moya Rojas y Aura Liliana Pérez Santisteban como apoderados de la Agencia Nacional de Minería (ANM) y al doctor Maycol Rodríguez Díaz como apoderado del Servicio Geológico Colombiano (SGC), en los términos y con los efectos previstos en los poderes que obran en el expediente.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

de inventario detallado, suscrita por los respectivos representantes legales, dando cumplimiento, en el caso de los archivos, a lo dispuesto en la Ley General de Archivo” (Negritas fuera del texto).

8. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC); y Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación.

Asunto: Autoridad competente para conocer del proceso disciplinario No. 17417-00177- (IUS – 2016-114495).

Radicado 2016-00191

Fecha: 22/03/2017

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

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

I. Antecedentes

1. Mediante memorandos No. 20149900286953 de fecha 29 de septiembre de 2014 (folio 1 cuaderno 2); 20149900346063, 20149900346053 y 20149900346043 de fecha 9 de diciembre de 2014 (folios 2 -7 cuaderno 2); 20149900355173 de fecha 18 de diciembre de 2014 (folio 8 cuaderno 2) y 20151400003643 de fecha 12 de febrero de 2015 (folios 9 -10 cuaderno 2), la Directora de Pensiones de la UGPP solicitó al Asesor del Grupo de Control Interno Disciplinario de la misma entidad, revisar los casos de los señores Norberto Estrada Ocampo, Flor de María Celis de Oviedo, Lina Rosa Latorre García, Marina Corredor de Amaya, Tulia Elena Lastre Galván y Guillermo Gutiérrez Arroyo con el objeto de investigar las siguientes presuntas irregularidades en los expedientes pensionales:

1.1 Se realizó la inclusión del señor Norberto Estrada Ocampo en la nómina de pensionados del mes de agosto de 2013 y se canceló a favor del mismo, pago retroactivo pensional, a pesar de la existencia de un concepto emitido por la Subdirección Jurídica Pensional de la UGPP, que indicó el decaimiento de la Resolución 41911¹³⁴ del 23 de agosto de 2006 proferida por Cajanal.

1.2. No se realizó la exclusión de la nómina de pensionados de la señora Flor de María Celis de Oviedo sino hasta el mes de julio de 2014, a pesar de existir un auto de suspensión provisional de la Resolución 41314¹³⁵ del 18 de agosto de 2006 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander el 11 de julio de 2013, y confirmado por el Consejo de Estado el 20 de marzo de 2014. De manera posterior a la declaratoria de la suspensión provisional, se pagó la suma de \$9'775.876,25 a favor de la señora Celis.

134 Por la cual se dio cumplimiento al fallo de tutela del 13 de junio de 2006 proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Lérica Tolima, en el que se le reconoció la pensión de gracia al señor Estrada.

135 Por la cual se dio cumplimiento al fallo de tutela del 7 de abril de 2006 proferido por el Juzgado Primero Laboral de Ciénaga (Magdalena), que le reconoció la pensión de gracia a favor de la señora Celis.

- 1.3. No se realizó la exclusión de la nómina de pensionados de la señora Lina Rosa Latorre García sino hasta el mes de enero de 2014, a pesar de existir una sentencia de nulidad de la Resolución 41313¹³⁶ proferida el 16 de julio de 2013 y ejecutoriada el 31 de julio del mismo año. Se destaca que la Subdirección Jurídica Pensional de la UGPP no informó a la Subdirección de Determinación de Obligaciones Pensionales de la misma entidad sobre la existencia del fallo sino hasta el mes de julio de 2014.

De manera posterior a la declaratoria de nulidad, se pagó a favor de la señora Latorre la suma de \$226'048.976,91.

- 1.4. No se realizó la exclusión de la nómina de pensionados de la señora Marina Corredor de Amaya sino hasta el mes de julio de 2014, no obstante la existencia de un auto de suspensión provisional de la Resolución 41267¹³⁷ del 18 de agosto de 2006 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander el 25 de junio de 2013. Se destaca que la Subdirección Jurídica Pensional de la UGPP no informó a la Subdirección de Determinación de Obligaciones Pensionales de la misma entidad la existencia del fallo de suspensión provisional sino hasta el mes de marzo de 2014.

Se evidencian pagos posteriores a la declaratoria de suspensión del acto administrativo por la suma de \$332'069.119,68 a favor de la señora Corredor.

- 1.5. Por medio de Resolución RDP 02250 del 24 de enero de 2014 (folios 128-130 cuaderno 2) se reconoció pensión de gracia a favor de la señora Tulia Elena Lastre Galván, a pesar de existir una denuncia penal por fraude procesal, estafa agravada y falsedad en documento público agravado por el uso en contra de la misma.
 - 1.6. Se realizaron pagos a favor del señor Guillermo Gutiérrez Arroyo, a pesar de la existencia de un fallo judicial que le negaba las pretensiones.
2. El 17 de marzo de 2015 el coordinador del Grupo de Control Interno Disciplinario de la UGPP abrió investigación preliminar en el proceso radicado bajo el número 136-01/2015 contra responsables en averiguación por las presuntas irregularidades mencionadas en el acápite anterior, y ofició a la Subdirección de Nómina de Pensionados y a la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales para que informara sobre las razones de su proceder y aportara la documentación pertinente en orden a esclarecer los hechos.
 3. Una vez hecho el análisis de las pruebas recaudadas, el Coordinador del Grupo de Control Interno Disciplinario de la UGPP, mediante auto de fecha 20 de abril de 2015, determinó que en los procesos disciplinarios se estarían investigando conductas

136 Por la cual se dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Laboral de Ciénaga – Magdalena, que le reconoció la pensión de gracia a la señora Latorre.

137 Por la cual se dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Laboral de Ciénaga – Magdalena, que le reconoció la pensión de gracia de la señora Corredor (folios 87 a 91 cuaderno 2).

que presuntamente afectan recursos públicos y que, por lo tanto, encuadrarían en la descripción del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual remitió por competencia a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC).

4. El 4 de mayo de 2015 el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la ITRC por medio de Auto No. 17401-00019, avocó conocimiento del expediente administrativo disciplinario 1704-01-2015-098 distinguido anteriormente con el radicado 136-017/2015, y designó para su instrucción a los abogados María del Pilar Hurtado, Ángel Caballero y Óscar Ávila.
5. Por medio de Auto No. 17400-00406 del 10 de agosto de 2015, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la ITRC decretó pruebas y ofició a la Dirección General de la UGPP para que remitiera expedientes pensionales de los casos objeto de investigación, y además, la certificación laboral de los señores Blanca Nelly Molano, Karen Gordon, Jenny Patricia Muñoz, Jorge Andrés Marino y Sandra Triana, indicando cargo y rol que desempeñaron en la UGPP durante el año 2013. Adicional a ello, la ITRC requirió un informe sobre la representación externa judicial y extrajudicial para el periodo comprendido entre los años 2012 y 2014.
6. Por medio de Auto No. 17404-00104 del 30 de septiembre de 2015, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la ITRC, en orden a esclarecer los hechos y verificar las circunstancias de tiempo modo y lugar de la conducta, ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra de Daniel Barrera Blanco y Salvador Ramírez López quienes fungieron como Subdirector de Nómina de Pensionados y Subdirector de Jurídica Pensional para la época en que sucedieron los hechos.
7. El 1 de febrero de 2016 la ITRC solicitó a la UGPP allegar información sobre los funcionarios que tuvieron a su cargo los procesos pensionales objeto de investigación, y el tipo de vinculación que cada uno tuviere con la entidad.
8. Una vez analizada la información allegada a la ITRC, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de esta entidad por medio de Auto de trámite No. 17417-00177 del 29 de marzo de 2016, remitió por competencia a la Procuraduría General de la Nación, por considerar que había existido participación de particulares investidos de funciones públicas y de servidores públicos en las presuntas irregularidades de los expedientes pensionales.
8. El 22 de junio de 2016 la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa estimó carecer de competencia para avocar conocimiento sobre el expediente con radicado No. IUS 2016-114495, en el entendido de que los particulares vinculados a la UGPP mediante contratos de prestación de servicios que hacían parte de los grupos de trabajo encargados de los procesos pensionales, no ejercían funciones públicas. En consecuencia, ordenó su remisión a la UGPP a fin de poner el proceso a disposición de los interventores de los contratos, quienes son

los encargados de conocer sobre las presuntas irregularidades presentadas y tomar las medidas pertinentes.

9. El 3 de octubre de 2016 el Coordinador del Grupo de Control Interno Disciplinario de la UGPP, profirió auto para promover ante esta Sala el conflicto negativo de competencias. En sus consideraciones reiteró que en ningún caso la competencia recae sobre la UGPP, porque en su criterio se trata de conductas calificadas como faltas gravísimas que se encuadran en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y en caso de resultar involucrados particulares disciplinables, la competencia radicaría en la Procuraduría General de la Nación.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. El informe secretarial que reposa en el expediente da cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto se recibieron alegaciones del Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC (folios 8-11 cuaderno 1) y de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, guardó silencio.

Mediante Auto de fecha 30 de enero de 2017, el consejero ponente resolvió comunicar el presente conflicto de competencias administrativas a los particulares vinculados con la UGPP mediante contratos de prestación de servicios, a fin de que presentaran sus alegatos y/o consideraciones. Los contratistas enviaron sus escritos y documentos anexos, dentro de los cuales se encontraban copia de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión suscritos con la UGPP.

III. Argumentos de las partes e intervinientes

1. La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación

Aunque no intervino en el trámite adelantado por la Sala, su posición se encuentra en el Auto de fecha 22 de junio de 2016 (folios 824-825 cuaderno 3), donde argumentó que los abogados que intervinieron en los expedientes pensionales estaban vinculados a la UGPP por medio de contratos de prestación de servicios, de los cuales no se puede colegir que desempeñaran funciones públicas.

Resalta la Procuraduría que *“... los presuntos implicados se encuentran sometidos a las condiciones contenidas en el contrato de prestación de servicios que hayan suscrito con la entidad, razón adicional para aseverar que no estamos en presencia de particulares que*

ejercen funciones públicas y por ende, sujeto disciplinable por parte de este organismo de control; amén de que, dicho contrato de prestación de servicios debe contar con un interventor, quien sería en primer término el que debe conocer de las irregularidades y adoptar las medidas necesarias ...” (folio 824 cuaderno 3).

Por consiguiente, la delegada consideró que carece de competencia para conocer del proceso disciplinario y ordenó a la UGPP poner el proceso en consideración de los Interventores para que procedieran de conformidad.

2. La Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la ITRC

Luego de un breve resumen de los antecedentes, la ITRC reiteró su falta de competencia para conocer del proceso disciplinario, y se la otorgó a la Procuraduría General de la Nación con el argumento de que al realizar una interpretación armónica de los artículos 53 y 75 del Código Único Disciplinario, *“se evidenció la participación de abogados que ejercían la representación externa dentro de los procesos judiciales de los expedientes pensionales como también la participación de particulares que ejercieron funciones públicas, los cuales tuvieron a su cargo la sustanciación de los expedientes pensionales, razones suficientes para dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 75 ibídem, y proceder en los términos indicados ...”* (folio 9 cuaderno 1).

Aseguró que de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, la aplicación del derecho disciplinario surge a partir del ejercicio de la función y no del vínculo, lo que indica que los servidores públicos, por el hecho de serlo, quedan sometidos al régimen disciplinario en razón de su investidura pues son titulares genéricos de las funciones públicas que su cargo implica, en cambio, la responsabilidad del particular, al no ser servidor público, se funda en un factor objetivo y material que es el ejercicio de la función pública que se le ha conferido.

Sobre este punto, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la ITRC citó la sentencia C-037 de 2003 y precisó que *“... el ejercer o cumplir funciones públicas es un elemento esencial para determinar si el particular es o no sujeto de control disciplinario, para lo cual la Corte Constitucional define “función pública” como el conjunto de funciones que cumple el Estado a través de los órganos de la ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas en orden a alcanzar sus fines; funciones que no solo son predicables de las personas que se vinculan al Estado mediante la elección o nombramiento y posesión de cargo, sino también de los particulares que, en los casos determinados por la ley, pueden investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas, administrativas o judiciales...”*

Al referirse al caso concreto sostuvo que la Procuraduría General de la Nación olvidó que en el proceso de la referencia podrían estar inmersas las actuaciones no solo de abogados externos, sino de otro tipo de contratistas que participaron de manera activa en diferentes etapas de los procesos pensionales y prestaron funciones relativas a gestión de expedientes de acuerdo con la información allegada por la UGPP.

Concluyó que las áreas a las que se les ha relacionado a los contratistas en mención, cumplen diversas labores al formar parte de dos de las Subdirecciones dentro de la UGPP, las cuales de acuerdo con los artículos 17 y 18 del decreto 575 de 2013¹³⁸ repercuten directamente en el análisis, estudio, resolución de solicitudes de reconocimiento de pensiones, determinación de cuotas, reporte, ingreso de novedades, entre otras, que hace a las subdirecciones de determinación de derechos pensionales y de nómina de pensionados, áreas determinantes para el nacimiento de obligaciones a cargo del Estado configuradas en mesadas pensionales y que repercuten en los fines para lo cual fue creada la UGPP.

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

La UGPP fundamentó su falta de competencia a la luz del artículo 75 de la Ley 734 de 2002¹³⁹, y estableció que cuando la ITRC remitió el proceso disciplinario a la Procuraduría General de la Nación lo hizo bajo el convencimiento de que era necesario dar aplicación al artículo ibídem.

Añadió que como quiera que las conductas disciplinarias de los servidores públicos que están contenidas en el proceso se enmarcan en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la competencia correspondería a la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la ITRC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 numeral 1º del Decreto 985 de 2012, sin perjuicio del poder preferente en cabeza del Procurador General de la Nación.

Sin embargo, manifestó que si se tuvieran en cuenta los argumentos de la Procuraduría en relación con los contratistas, en el sentido de que ellos no son destinatarios de la ley disciplinaria y que lo procedente es que el interventor aplique las sanciones administrativas previstas en los contratos de prestación de servicios, no puede pretenderse que la Oficina de Control Disciplinario deba seguir la investigación pertinente (folios 12-17 cuaderno 1).

En todo caso, la UGPP manifestó no ser competente para el conocimiento del proceso disciplinario.

138 Decreto 575 de 2013 (marzo 22) "Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, y se determinan las funciones de su dependencia"

139 Ley 734 de 2002 (febrero 5) "Por el cual se expide el Código Único Disciplinario" Artículo 75: **El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión. Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros.**

4. Angy Lizeth Cetina Tovar, Alba Rocío Delgado Acelas y Zulay Marcela Daza Hereida

Angy Cetina, Alba Rocío Delgado y Zulay Daza manifestaron haber suscrito contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la UGPP, cuyo objeto consistía en “*prestar servicios profesionales a la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales en la gestión de solicitudes de obligaciones pensionales de la UGPP*”. Destacaron como obligaciones propias del contrato las siguientes: (i) Hacer el seguimiento diario al reparto de solicitudes pensionales que le corresponda sustanciar, (ii) Proyectar el Acto Administrativo correspondiente, (iii) Escalar el proyecto del Acto al respectivo líder de calidad para su correspondiente revisión, entre otras.

Aseguraron que como lo señalaba su objeto contractual, en el desarrollo del mismo, ejecutaban la sustanciación de solicitudes pensionales del proceso que se llevaba a cabo en la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales, y que por tanto, perdían competencia e inherencia una vez enviaban de manera virtual el proyecto a sus revisores quienes validaban con su firma (folios 50-80 cuaderno 1).

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Con base en la norma transcrita la competencia de la Sala para resolver los conflictos negativos o positivos de competencias, se configura cuando dos organismos o entidades

nacionales, o nacionales y territoriales, o territoriales que no estén comprendidos en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo: (i) niegan o reclaman competencia (ii) para conocer un determinado asunto, y (iii) de naturaleza administrativa.

El presente conflicto de competencias se plantea entre dos autoridades del orden nacional:

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), creada por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 (Ley del Plan Nacional de Desarrollo (2006-2010)), como una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

La Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC), entidad del orden nacional de la Rama Ejecutiva, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio independiente, creada mediante Decreto ley 4173 de 2011.

La Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa como dependencia de la Procuraduría General de la Nación.

El asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un tema particular y concreto, pues se trata de un proceso disciplinario que se adelanta en contra de funcionarios de la UGPP. Se concluye, por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

b. Términos legales

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ordena: *“Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”*. En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

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

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34¹⁴⁰ del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo

¹⁴⁰ Ley 1437 de 2011, Artículo 2°. *“Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para*

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

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

2. Aclaración previa

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

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

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

3. Problema jurídico

El presente conflicto de competencias administrativas se origina entre la UGPP, la ITRC y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, porque manifestaron no ser competentes para asumir el conocimiento del proceso disciplinario de la referencia. Como se evidencia en los antecedentes, la ITRC después de haber avocado conocimiento del proceso disciplinario, determinó que en los diferentes procesos pensionales no solo intervinieron servidores públicos sino también particulares, quienes estaban vinculados a la UGPP por medio de contratos de prestación de servicios.

La interpretación sobre el tipo de función que ejercieron los particulares en los procesos pensionales, por razón de los contratos de prestación de servicios suscritos con la UGPP, desencadenó la discusión entre las entidades mencionadas que dio origen al presente conflicto de competencias, porque a juicio de la ITRC los particulares sí cumplían funciones públicas y para la Procuraduría no. Lo anterior, como quiera que en el régimen disciplinario los contratistas vinculados por contratos de prestación de servicios para cumplir funciones públicas, son sujetos disciplinables.

evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.// Artículo 34: "Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Primera Parte del Código."

Respecto del conflicto así planteado, la Sala estudiará las disposiciones que establecen las competencias de la UGPP, de la ITRC y de la Procuraduría General de la Nación para adelantar investigaciones disciplinarias a los servidores de la UGPP, como también se referirá a las actividades para las que fueron contratados los particulares, y con base en ello, determinará cuál de tales entidades es la que tiene atribuida y radicada legalmente la competencia para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario que dio origen al presente conflicto.

4. Reparto de competencias disciplinarias entre la UGPP y la ITRC. Reiteración

4.1 Competencia general de la UGPP para disciplinar a sus servidores

La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, sobre la competencia de los órganos, organismos y entidades estatales para ejercer la potestad disciplinaria de sus servidores dispone:

“Artículo 2º. Titularidad de la acción disciplinaria.- Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias” (...).

En primer lugar, como regla general, la acción disciplinaria se encuentra atribuida a las oficinas de control disciplinario interno de las entidades, salvo los casos en los que la Procuraduría General de la Nación asuma su poder preferente.

De este modo, la competencia general de investigación disciplinaria de los servidores públicos vinculados a la UGPP radica en esa entidad, y así lo concreta el numeral 8 del artículo 9º del Decreto 575 de 2013, que establece en cabeza de la Dirección General de la UGPP la función de:

“Ejercer las funciones disciplinarias en los términos señalados en la ley que regula la materia y propugnar por la prevención y represión de la corrupción administrativa”¹⁴¹.

Adicional a lo anterior, el artículo 3 de la Resolución 559 de 2013, *“por la cual se crea un Grupo Interno de Trabajo en la Dirección de Soporte y Desarrollo organizacional de la (UGPP)”* señaló como funciones del Coordinador del Grupo de Control Interno Disciplinario las de evaluar las quejas e informes referidos a conductas disciplinarias de los servidores públicos de la UGPP; adelantar la indagación preliminar; adelantar la investigación disciplinaria; formular pliego de cargos o autos de citación a audiencia según el caso; proferir el fallo de primera instancia; proferir auto de archivo del proceso; proferir las demás actuaciones que se surtan antes y durante las investigaciones disciplinarias en primera instancia, respecto de los servidores o exservidores públicos de la UGPP.

¹⁴¹ Decreto 0575 de 2013 (marzo 22), *“Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se determinan las funciones de sus dependencias”.*

A su vez, estableció que el Grupo de Control Interno Disciplinario tiene las funciones de *“recibir y tramitar las quejas e informes referidos a conductas disciplinarias de los servidores públicos de la UGPP; sustanciar todas las actuaciones administrativas antes y durante las investigaciones disciplinarias, de acuerdo con la ley; presentar al Director General de la UGPP y a los organismos de control, los informes de su competencia; apoyar a la administración en la identificación de las faltas disciplinarias más recurrentes con el fin de sugerir y ejecutar estrategias, planes y políticas de prevención; realizar actividades preventivas a los funcionarios de la Entidad, tales como capacitaciones, inducción, reinducción, circulares, entre otros, con el fin de prevenir la violación de las normas y la comisión de conductas disciplinables; mantener actualizado y sistematizado el consolidado de las actuaciones adelantadas en los procesos disciplinarios; mantener actualizada la compilación de normas legales tanto internas como externas, así como la jurisprudencia en materia disciplinaria; garantizar que los procesos respondan a los lineamientos establecidos en el Sistema Integrado de Gestión (SIG), cumpliendo las metas e indicadores establecidos; identificar, medir y controlar los riesgos operativos relacionados con los procesos a su cargo y verificar las acciones, tratamientos y controles implementados”*.

La segunda instancia de los procesos disciplinarios que se adelantan en la UGPP es de competencia del Director General.

Se concluye que en la estructura de la UGPP está incorporado el mandato legal contenido en el artículo 2º de la Ley 734 de 2002, e internamente está creado el Grupo de Control Interno Disciplinario de la Dirección de Soporte y Desarrollo Organizacional de la UGPP, para cumplir las funciones de conocer e instruir en primera instancia el trámite disciplinario que se adelante contra los servidores públicos de la UGPP.

4.2. Competencias especiales asignadas a la ITRC

El Decreto ley 4173 de 2011¹⁴² por el cual se creó la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC, le fijó como objeto:

“Artículo 2º. Objeto. La Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC), tendrá como objeto:

1. Adelantar auditorías y formular recomendaciones sobre los procesos, acciones y operaciones de la DIAN, de la UGPP y de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar.

2. <Numeral aclarado por el artículo 1º del Decreto 4452 de 2011>. Sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación, tendrá competencia para realizar las investigaciones de las conductas que por su trascendencia estén relacionadas con las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46,

¹⁴² Decreto ley 4173 de 2011 (noviembre 3), *“Por el cual se crea la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC), se fija su estructura y se señalan sus funciones.”* Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los literales d), e) y f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011.

47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, respecto de los servidores públicos que pertenecen a las entidades de que trata el numeral anterior.

3. Sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación, asumir las competencias de las Oficinas de Control Disciplinario Interno sobre las demás faltas disciplinarias en que incurran los funcionarios de la DIAN, de la UGPP y de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos.

Parágrafo. Las funciones de control disciplinario de que trata este artículo, serán ejercidas de conformidad con el procedimiento dispuesto en la Ley 734 de 2002”.

De acuerdo con su norma de creación, la ITRC desplaza la competencia general de la UGPP en materia disciplinaria cuando se trate de “(i) faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; y (ii) en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos. Por el contrario, si la conducta a investigar no se puede encuadrar en ninguno de los anteriores supuestos la investigación disciplinaria será competencia exclusiva de la UGPP”¹⁴³.

La UGPP conserva su competencia para ejercer la potestad disciplinaria con relación a sus servidores públicos, en caso de faltas leves y graves¹⁴⁴ y de las faltas gravísimas que no estén asignadas expresamente a la ITRC. Las faltas gravísimas que corresponde investigar a la ITRC son las siguientes:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo (...)

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga (...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales (...)

20. Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley (...)

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ Violación general de los deberes, prohibiciones, incompatibilidades, etc.

30. *Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental (...)*

35. *Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo (...)*

42. *Influir en otro servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita (...)*

43. *Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas (...)*

44. *Favorecer en forma deliberada el ingreso o salida de bienes del territorio nacional sin el lleno de los requisitos exigidos por la legislación aduanera (...)*

45. *Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece (...)*

46. *No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.*

47. *Violar la reserva de la investigación y de las demás actuaciones sometidas a la misma restricción (...)*

50. *Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario (...)*

56. *Suministrar datos inexactos o documentación con contenidos que no correspondan a la realidad para conseguir posesión, ascenso o inclusión en carrera administrativa (...)*

58. *Omitir, alterar o suprimir la anotación en el registro de antecedentes, de las sanciones o causas de inhabilidad que, de acuerdo con la ley, las autoridades competentes informen a la Procuraduría General de la Nación, o hacer la anotación tardíamente (...)*

60. *Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”.*

En el caso que ahora estudia la Sala, la UGPP planteó el conflicto negativo de competencia porque en su criterio las conductas objeto de investigación disciplinaria se enmarcan en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el cual se analiza a continuación.

El numeral 1° del citado artículo, como ha tenido oportunidad la Sala de analizarlo, exige la presencia de dos elementos concurrentes para que se estructure la falta gravísima, a saber: (i) que se incurra en una conducta que esté tipificada en la ley penal como delito sancionable *a título de dolo* y (ii) que la conducta se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

En la decisión del 5 de mayo de 2015¹⁴⁵ sobre un conflicto de competencias administrativas suscitado entre la DIAN y la ITRC en el que se discutía la competencia de la ITRC para investigar disciplinariamente a unos servidores de la DIAN, se consideró:

“Al respecto, observa la Sala que el numeral 1 cualifica especialmente esta falta gravísima así: i) que la misma sea considerada como delito ii) que el delito sea cometido a título de dolo, iii) que la misma se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o del cargo o como abuso del cargo. En relación con lo anterior, es importante recordar la definición de “dolo” que trae el Código Penal:

“Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

De este modo, como ha señalado la jurisprudencia, el dolo exige el conocimiento e intención inequívoca de querer la realización de los hechos tipificados como delito:

“El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos”.

De manera que en relación con la falta disciplinaria descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 hay unas condiciones particulares que denotan que la falta es considerada gravísima solamente cuando existe la intención manifiesta del servidor público de valerse de su cargo para cometer un delito a título de dolo. Por tanto, otras conductas del servidor público, incluso con eventuales consecuencias penales, pero que no alcanzan

dicha cualificación (ser cometidas con dolo), no caben dentro de la descripción típica de la referida falta disciplinaria”.

Además de la intención que cualifica el dolo en la conducta tipificada como delito, para que se configure en falta disciplinaria se requiere que la misma sea realizada (i) en razón, (ii) con ocasión, (iii) o como consecuencia de la función o cargo, (iv) o abusando del mismo. Esto significa que la falta gravísima solo se tipifica cuando, para la realización de la conducta dolosa sancionable, el servidor público se ha valido, aprovechado o utilizado el cargo que está desempeñando.

Entonces, no basta que la conducta desplegada por el servidor público se encuadre aparentemente en un delito cometido a título de dolo; es necesario, además, establecer la relación de la conducta con el cargo que ejerce o la función asignada para que se pueda concluir que en su realización ha habido un uso indebido del cargo o de la función.

De otra parte, bajo los lineamientos de su norma de creación, la ITRC también tendrá competencia para realizar investigaciones disciplinarias de funcionarios de la UGPP, en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos, según lo señala el numeral 2 del artículo 2º, del Decreto ley 4173 de 2011, transcrito atrás.

Estas consideraciones son concordantes con los objetivos buscados por el Gobierno nacional al crear la ITRC, en particular: i) velar por la estricta recaudación de las rentas y caudales públicos, ii) implementar programas de auditoría e investigación a las administradoras de tributos, contribuciones parafiscales y rentas y a sus funcionarios con el fin de consolidar unas finanzas públicas sanas y iii) ejercer acciones preventivas y correctivas sobre las administradoras de tributos, contribuciones parafiscales y rentas. Todo ello con el fin de proteger el patrimonio público para dar mayor transparencia, eficiencia y eficacia en la gestión de ingresos a cargo del sector de Hacienda y Crédito Público. En la parte considerativa del Decreto Ley 4173 de 2011 se señala textualmente:

“Que al Gobierno nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 189 numeral 20 de la Constitución Política, le corresponde “velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes”.

Que es necesario implementar programas de auditoría e investigación a las administradoras de tributos, contribuciones parafiscales y rentas y a sus funcionarios con el fin de consolidar unas finanzas públicas sanas, así como cumplir con los requerimientos para participar en organismos internacionales en los términos del artículo 47 de la Ley 1450 de 2011.

Que para adelantar las auditorías y las investigaciones es necesario contar con una entidad con independencia técnica y administrativa, que tenga los recursos y la capacidad para ejercer acciones preventivas y correctivas sobre las administradoras de tributos, contribuciones parafiscales y rentas.

Que los literales d), e) y f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 confieren facultades extraordinarias para reasignar funciones y competencias orgánicas entre entidades y organismos de la Administración Pública, para crear entidades u organismos de la Rama Ejecutiva del orden nacional y señalar sus objetivos y estructura orgánica, facultades que se ejercerán para crear la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC).

Que de conformidad con el párrafo primero del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, las facultades enunciadas anteriormente se deberán ejercer con el propósito de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público; hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública y con el objeto de lograr una mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos.

Que resulta necesario contar con mecanismos eficaces para la protección del patrimonio público que aseguren mayor transparencia, eficiencia y eficacia en la gestión de ingresos a cargo del sector de Hacienda y Crédito Público, y que por tanto hagan coherente la organización y funcionamiento de la Administración”.

En consecuencia, las competencias para las cuales fue creada la ITRC se desarrollan en el contexto de los fines buscados por el Gobierno nacional en ejercicio de función legislativa, y solo en esa medida, dicha unidad administrativa puede asumir las competencias asignadas. En otras palabras, la ITRC no está creada para tramitar investigaciones disciplinarias ajenas a su función, sino aquellas relacionadas con la protección del patrimonio público, en la administración y recaudo de rentas, tributos y caudales públicos, y en la gestión de ingresos del sector administrativo de Hacienda y Crédito Público.

4.3. Competencia de la Procuraduría General de la Nación

La Ley 734 de 2002 atribuye en cabeza del Procurador General de la Nación el ejercicio del poder preferente:

“Artículo 3º: Ejercicio del poder disciplinario preferente: La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso”.

Más adelante en su artículo 53¹⁴⁶ señala como sujetos disciplinables y por lo tanto destinatarios del Código Disciplinario Único, a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; **que ejerzan funciones públicas**. (Negrillas fuera del texto).

Adicional a lo anterior, en el artículo 75¹⁴⁷ se explica que conforme al Código Disciplinario Único, la competencia para disciplinar a particulares cuando ejercen funciones públicas, es exclusivamente de la Procuraduría General de la Nación, y cuando se establezca la participación de servidores públicos y particulares disciplinables en la comisión de faltas disciplinarias, la competencia para asumir el conocimiento del proceso disciplinario radica en la Procuraduría General de la Nación.

5. Contratos de prestación de servicios y ejercicio de funciones públicas

En el presente asunto las entidades en conflicto discuten sobre las funciones que desempeñaron los particulares vinculados a la UGPP mediante contratos de prestación de servicios, los cuales hicieron parte de los grupos de trabajo a cargo de los expedientes pensionales, y que como se mencionó en el punto anterior, solo serían sujetos disciplinables en el entendido de que desempeñaran funciones públicas.

En primera instancia, es importante poner de presente la noción concebida en el artículo 32 numeral 3° del estatuto de la contratación pública sobre los contratos de prestación de servicios, así:

*“Artículo 32. 3° **Contrato de prestación de servicios.** Son contratos de prestación de servicios lo que celebran las entidades estatales para **desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados**”¹⁴⁸ (Negrillas fuera del texto).*

Como ha tenido oportunidad la Sala de analizarlo en concepto del 4 de noviembre de 2004 con radicación 2004-01592-01¹⁴⁹, el referido contrato tiene como finalidad colaborar con las entidades estatales en el cumplimiento de tareas relacionadas con la administración o funcionamiento de las mismas, sin que ello implique necesariamente el ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares contratados, pues de lo

146 Ley 734 de 2002, Artículo 53. (Modificado por el art. 44, Ley 1474 de 2011). “Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. / Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.”

147 Ley 734 de 2002, Artículo 75. “Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros. / El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión. / Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros. / Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con el principio de la doble instancia, correspondiendo la segunda en todo caso al respectivo personero. Donde ello no fuere posible la segunda instancia le corresponderá al respectivo Procurador Regional.”

148 Ley 80 de 1993 (octubre 28). “Por el cual se expide el Estatuto General de la Contratación Pública” Artículo 32 No. 3°.

149 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de noviembre de 2004. Rad. No. 2004-01592-01

que se trata es de suplir las necesidades de personal, bien porque no es suficiente o bien porque se requieren especiales conocimientos con los cuales no cuenta la entidad¹⁵⁰.

En concepto del 19 de noviembre de 2015 con radicación 2014-00011-00¹⁵¹ la Sala resaltó que cuando las actividades de las entidades no puedan realizarse por el personal de planta o se requiera de conocimientos especializados, (...)“*ambas exigencias suponen que la contratación de este tipo de servicios busca complementar y apoyar la actividad de una dependencia y de los servidores públicos a ella adscritos, en aras de la realización de los fines estatales y de los principios que rigen la función pública*”. Concluyó que se trataba de particulares que se vinculaban a la administración pública para apoyarla en el ejercicio de sus funciones y no para asumir la prestación de las mismas.

Siguiendo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sección 3ª se refirió al presente tema, en los siguientes términos¹⁵²:

*“93. Se puede afirmar, sin lugar a mayor dubitación, que la realidad material de las expresiones legales “...para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...” engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma, **que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas.** (...)94. En realidad se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales. (...)*

Adicional a ello, destacó que estos contratos ya habían sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado al pronunciarse sobre la legalidad del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, y que esta Corporación había sentado su precedente vinculante, según el cual, tanto los contratos que tengan por objeto “la prestación de servicios profesionales” como los tienen como objeto el “apoyo a la gestión”, son componentes específicos del género “prestación de servicios” regulado en la Ley 80 de 1993.

Para concluir este punto, cabe señalar que la sentencia C-037 de 2003 hizo un repaso de las distintas etapas normativas y jurisprudenciales sobre la responsabilidad disciplinaria de los particulares contratistas y declaró exequible la expresión “particulares... que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas...”, siempre que se entienda “...que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una

150 Ibidem

151 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 19 de noviembre de 2015. Rad. No. 2014-00011-00

152 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia Rad. No. 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719) 2 de diciembre de 2013.

función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

6. El caso concreto

En el presente conflicto se discute la competencia para continuar con la investigación disciplinaria de la referencia, en contra de servidores públicos y particulares vinculados a la UGPP mediante contratos de prestación de servicios, debido a presuntas irregularidades en expedientes pensionales. En principio, la UPGG considera que las conductas desplegadas por funcionarios de su entidad, guardaban relación y afectaban recursos públicos, por esta razón, le atribuyó competencia a la ITRC como lo dispone el numeral 3 del artículo 2 de la Decreto ley 4173 de 2011.

La ITRC después de haber avocado conocimiento del proceso, estima que en la ejecución de las conductas que dieron origen al proceso disciplinario no solo participaron servidores públicos sino también particulares investidos de funciones públicas, por lo cual la autoridad disciplinaria competente sería la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el artículo 75 del Código Disciplinario Único.

La Procuraduría General de la Nación, por su parte establece que las actividades a cargo de los contratistas no implican el ejercicio de funciones públicas, y que, en virtud del contrato suscrito, son los supervisores de los mismos quienes deben ejercer su vigilancia y adelantar los trámites establecidos para sancionar los eventuales incumplimientos, en los términos previstos en los contratos y en el estatuto contractual.

La Sala parte de los documentos aportados al expediente remitido con la solicitud de definición del conflicto de competencias, entre los cuales se destaca la certificación emitida por la UGPP donde consta la celebración de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión con la entidad (folios 379-383).

En ellos se logra ver que los contratistas prestaban sus **servicios profesionales y de apoyo** a la Dirección de Pensiones y a la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales, destacándose entre sus funciones la de sustanciación, ingreso de nómina, elaboración de proyectos de actos administrativos, estudio diario de solicitudes pensionales, y demás actividades que establezca el supervisor del contrato, las cuales no constituyen funciones públicas de conformidad con las consideraciones del presente escrito. Obra además en el expediente la información relacionada por los contratistas sobre las actividades desarrolladas por ellos en el marco del objeto contractual; las cuales coinciden con los demás documentos aportados, que se tratan de actividades de gestión de expedientes y que no deciden situaciones administrativas.

Ahora bien, el hecho de que los particulares no ejercieran funciones públicas nos indica que, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, no son sujetos disciplinables. En esta medida, es a la directora general de la UGPP quien

conforme al artículo 14¹⁵³ de la Ley 80 de 1993, le corresponde evaluar y revisar el presunto incumplimiento de los contratos por parte de los contratistas y determinar la posible responsabilidad contractual en que puedan incurrir, así como sus correspondientes medidas conforme al estatuto contractual.

Con relación a los servidores públicos, no es discutible su condición de sujetos disciplinables, de conformidad con la Ley 734 de 2002.

Entonces, de acuerdo con los memorandos relacionados en los antecedentes y que obran en el expediente, los hechos investigados se refieren al reconocimiento y pago de valores por concepto de pensión de gracia, a pesar de existir pronunciamientos judiciales que dejaban sin efecto los fallos que inicialmente reconocían la pensión.

Es decir, pudieron haber incurrido en conductas delictivas o haber propiciado el mal uso de los recursos públicos. En uno y otro caso, solo la investigación podrá determinarlo, pero lo que sí es claro es que para efectos de la competencia, es la ITRC la autoridad administrativa creada para conocer, investigar y calificar esas conductas, desde el punto de vista disciplinario.

En consecuencia, la Sala declarará competente a la ITRC para que continúe con el conocimiento del proceso disciplinario 1704-01-2015-098 respecto de los servidores públicos de la UGPP. Igualmente declarará que ninguna de las autoridades entre las cuales se planteó el presente conflicto de competencias, es competente para adelantar actuaciones disciplinarias respecto de los particulares vinculados a la UGPP por contratos de prestación de servicios, puesto que, dados los objetos contractuales, no son sujetos disciplinables.

Con base en la Ley 80 de 1993 y en particular con el citado artículo 14, por conducto de la Presidencia de la Sala se enviará comunicación a la Directora General de la UGPP, en la cual, advirtiendo del respeto por su autonomía, se adjuntará copia de la presente decisión y se le solicitará adelantar las actuaciones internas que permitan establecer la conducta de los contratistas y de los supervisores de sus contratos, dentro de las actuaciones administrativas objeto de reparos, y adoptar las decisiones que de acuerdo con el Estatuto Contractual y las estipulaciones de los respectivos contratos correspondan.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC) para continuar

153 Ley 80 de 1993. "Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. (...)."

con el conocimiento del proceso disciplinario con radicado No. 1704-01-2015-098, respecto de los servidores públicos de la UGPP.

SEGUNDO: Declarar no competentes a la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC) y a la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, para revisar y analizar la presunta responsabilidad de los contratistas involucrados en el proceso disciplinario con radicado No. 1704-01-2015-098, por no ser sujetos de control disciplinario.

TERCERO: Remitir copia de esta decisión junto con el expediente de la referencia a la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC) para que continúe la actuación administrativa disciplinaria.

CUARTO: Enviar copia de esta decisión a la Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) con comunicación suscrita por el Presidente de la Sala en la cual, con el respeto debido a su autonomía administrativa, se le solicita adelantar las actuaciones internas tendientes a conocer la conducta de los contratistas y de sus supervisores en las actuaciones administrativas objeto de reparos, y se tomen las medidas pertinentes en el marco legal de su responsabilidad.

QUINTO: Comunicar esta decisión con copia de la misma, al Inspector General y al Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC), al Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a Salvador Ramírez López, Daniel Barrera Blanco, a Alba Rocío Delgado Acelas, Norma Inés Pérez Otero, Blanca Nelly Molano Caro, Nohora Nancy Cortes Uribe, Tatiana Marisol Rodríguez, Diana Milena Rodríguez Santamaría, Javier Manfred Lara Cáceres, Edwin Leandro Beltrán Bustos, Diana Carolina Gómez Solano, Alexander Eduardo Ruiz Durán, Eduard Oswalvo Hurtado Castro, Jaime Vásquez Rosero, María Consuelo Beltrán Burgos, Lina del Pilar Rodríguez Caobos, Zulay Marcela Daza Hereda, Katherin Sánchez Rodríguez, María Camila López Londoño, Angy Liceth Cetina Tovar, Luz Adriana Vargas Vargas, Andrés Felipe Field Mariño.

SEXTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación disciplinaria administrativa en referencia se reanudarán a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

9. Contraloría Departamental del Vichada y Contraloría General de la República.

Asunto: Competencia para conocer el proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 del 4 de noviembre de 2016.

Radicado 2017-00040

Fecha: 17/05/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el artículo 112, numeral 10, de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a resolver el conflicto positivo de competencias suscitado entre la Contraloría Departamental del Vichada y la Contraloría General de la República, a propósito del conocimiento del proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 del 4 de noviembre de 2016.

I. Antecedentes

1. El municipio de La Primavera (Vichada) representado legalmente por su Alcalde Municipal, señor Carlos Ramón Cuéllar Unda, celebró el 24 de junio de 2015, el contrato interadministrativo 1504-0172-2015 con la Empresa Industrial y Comercial del Estado Siglo XXI E. S. P., representada por la señora Ana Libia Ferreira Colmenares.
2. El objeto del mencionado contrato fue “Aunar esfuerzos institucionales a fin de garantizar el eficiente y eficaz uso de los recursos públicos, ejecutando programas y proyectos de diferentes sectores incluidos en el Plan de Desarrollo Mejorar si es Posible 2012-2015 del Municipio de La Primavera (Vichada)”. El contrato por valor de \$481.512.955, tuvo un plazo inicial de noventa (90) días, se designó como supervisor al Secretario de Planeación Municipal y Desarrollo Territorial de La Primavera y dispuso que se contaría, además, con una interventoría externa. El contrato tuvo una prórroga de veinte (20) días calendario.
3. De acuerdo con el objeto del contrato, el contratista debía ejecutar, entre otras, las siguientes obras, por los siguientes valores:

Construcción Hogar de Paso Resguardo Indígena la Llanura Tomo	\$ 46.836.096
Construcción micromataderos Inspección de San Teodoro, Aguaverde y Nueva Antioquia	\$ 88.159.446

4. El Municipio La Primavera (Vichada) celebró en la misma vigencia con la Asociación Regional de Municipios de la Amazonía y de la Orinoquía (Asomaroquia), representada legalmente en ese momento por el señor José Ignacio Cuervo Guzmán, el contrato interadministrativo de interventoría No. 1504-0174-2015 por valor de \$28.890.777

5. El contrato interadministrativo 1504-0172-2015 fue liquidado el 19 de octubre de 2015, con base en las actas de recibo parcial y definitivo de obra de fecha 16 de octubre de 2015, y se declaró a paz y salvo a las partes por todo concepto. A su turno, el contrato de interventoría No. 1504-0174-2015 fue liquidado el 19 de octubre de 2015 y sus soportes fueron las actas de recibo parcial y definitivo de las obras del contrato 1504-0172-2015.
6. El 27 de noviembre de 2015, el Municipio de La Primavera celebró el contrato interadministrativo 1504-0269-2015 con la Empresa Industrial y Comercial del Estado Siglo XXI E. S. P., cuyo objeto fue “Aunar esfuerzos institucionales a fin de realizar obras públicas encaminadas a mejorar la calidad de vida de la Población de La Primavera (Vichada)”, por un valor de \$1.141.640.891, con un plazo de ejecución de veinticinco (25) días calendarios, se designó como supervisor del contrato al Secretario de Planeación Municipal y Desarrollo Territorial de La Primavera y se dispuso que contaría con una interventoría externa. En desarrollo del objeto del contrato correspondía al contratista ejecutar, entre otras, las siguientes obras:

Ampliación Centro de Beneficio Bovino en las Inspecciones de San Teodoro, Santa Bárbara y Nueva Antioquia.	\$ 55.605.960
Mejoramiento vía vereda La Soledad – Inspección Santa Cecilia Zona Rural del Municipio de la Primavera (Vichada).	\$ 758.243.525

7. Para adelantar la interventoría acordada, el Municipio de La Primavera – celebró con la Asociación Regional de Municipios de la Amazonía y de la Orinoquía – Asomaroquia, representada legalmente en ese momento por el señor José Ignacio Cuervo Guzmán el contrato interadministrativo No. 1504-0270-2015 por valor de \$68.498.453
8. El contrato interadministrativo 1504-0269-2015 fue liquidado el 21 de diciembre de 2015 con base en el acta de recibo final de obra de fecha 21 de diciembre de 2015 y se declaró a paz y salvo a las partes por todo concepto. A su turno, el contrato No. 1504-0270-2015 se liquidó el 22 de diciembre de 2015, teniendo como soportes las actas de recibo parcial y definitivo de las obras del contrato 1504-0269-2015
9. La Contraloría Departamental del Vichada, atendiendo su Plan General de Auditorías, de acuerdo con lo señalado en el Sistema Nacional de Control Fiscal (Sinacof)¹⁵⁴, realizó durante el año 2016 una “Auditoría Especial con Enfoque Integral a la Contratación, Control Financiero y Plan de mejoramiento, al Municipio de la Primavera (Vichada)”. En efecto, de acuerdo con la documentación que obra en el expediente consta en el Sinacof¹⁵⁵ la siguiente información correspondiente al Plan Nacional de Auditoría:

154 Dispone el artículo 1 lo siguiente: “Definición: El Sistema Nacional de Control Fiscal (Sinacof) es el conjunto de organismos, políticas, principios, normas, métodos, procedimientos, herramientas tecnológicas y mecanismos, estructurados lógicamente, que permiten la armonización, unificación y estandarización del proceso de control fiscal; la coordinación de acciones, la integración y el fortalecimiento de los entes de control fiscal; para el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades públicas y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos”.

155 En el expediente obra pantallazo de fecha 21 de febrero de 2017 del Sinacof, Plan Nacional de Auditoría.

“DATOS DE LAS AUDITORÍAS EN LOS DEPARTAMENTOS SELECCIONADOS:

No.	Ciudad	Entidad	Punto Control	Contraloría	Vigencia Auditada	Fechas
1. Concurrente -Especial	La Primavera	Empresa de Energía Siglo XXI	Siglo XXI- Línea Especial a la Contratación, control financiero y evaluación	Contraloría Departamental del Vichada	2015	25/05/2016 a 30/07/2016
2. Concurrente -Especial	La Primavera	Municipio de la Primavera	Municipio de la Primavera Línea Especial de Contratación, control financiero, almacén y evaluación al plan de mejoramiento	Contraloría Departamental del Vichada	2015	25/05/2016 a 30/07/2016

10. Con ocasión de la “Auditoría Especial con Enfoque Integral a la Contratación, Control Financiero y Plan de mejoramiento, al Municipio de la Primavera (Vichada)” adelantada por la Contraloría Departamental del Vichada y practicada al Municipio de la Primavera (Vichada), fueron objeto de auditoría, contratos y convenios celebrados entre la administración municipal y la Empresa Siglo XXI EICE ESP, en los cuales la fuente de financiación fue el Sistema General de Participaciones, Sistema General de Regalías, Desahorro Fonpet, Ingresos Corrientes con Destinación Específica (recursos propios) y otros aportes o Transferencias Departamentales.

Los contratos objeto de hallazgos que fueron financiados con recursos exógenos y que fueron acumulados en un solo proceso de responsabilidad fueron los siguientes:

No. Cto.	Objeto	Obra incluida en el objeto contractual	Valor de la Obra	Fuente de Financiación
172 de 2015	Aunar esfuerzos institucionales a fin de garantizar el eficiente y eficaz uso de los recursos públicos, ejecutando programas y proyectos de diferentes sectores incluidos en el Plan de Desarrollo Mejorar Sí es Posible 2012 2015 del Municipio de La Primavera (Vichada)	Construcción hogar de paso Resguardo Indígena la Llanura Tomo	\$ 46.836.096	SGP Propósito General Forzosa Inversión Libre Inversión Saldos No Ejecutados Ni
		Construcción micromataderos Inspección de San Teodoro, Aguaverde y Nueva Antioquia	\$88.159.446	SGP Propósito General Forzosa Inversión Libre Inversión SGP once doceavas Vigencia

No. Cto.	Objeto	Obra incluida en el objeto contractual	Valor de la Obra	Fuente de Financiación
269 de 2015	Aunar esfuerzos institucionales a fin de realizar obras públicas encaminadas a mejorar la calidad de vida de la población de La Primavera (Vichada).	Ampliación Centro de Beneficio Bovino en las Inspecciones de San Teodoro, Santa Bárbara y Nueva Antioquia	\$55.605.960	660 Desahorro Fonpet
		Mejoramiento vía vereda La Soledad –Inspección Santa Cecilia Zona Rural del Municipio de La Primavera (Vichada)	\$758.234.525	660 Desahorro Fonpet

11. Como consecuencia de dichos hallazgos, el Área de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Departamental del Vichada ordenó, mediante auto del 4 de noviembre de 2016, la apertura del proceso de responsabilidad fiscal N° 2016-05 por presunto detrimento patrimonial estimado en la suma de novecientos cuarenta y ocho millones ochocientos cuarenta y cinco mil veintisiete pesos (\$948.845.027) en contra de Carlos Ramón Cuellar Unda, Daniel González Rojas, Luis Ignacio Conde Forero, José Ignacio Cuervo Guzmán y Ana Libia Ferreira Colmenares . Así mismo, mediante el auto citado se ordenó vincular como tercero civilmente responsable a la compañía de Seguros Generales Suramericana S. A., en su calidad de garante del buen manejo de los recursos públicos administrados por el señor Carlos Ramón Cuellar Unda, Alcalde del Municipio de La Primavera (Vichada) para la época de los hechos.
12. Posteriormente, mediante oficio radicado en la Contraloría Departamental del Vichada - Despacho del Contralor, la Gerencia Departamental Colegiada del Vichada de la Contraloría General de la República, solicitó información y certificación acerca de la naturaleza de los recursos revisados en la auditoría practicada al municipio de La Primavera (Vichada) y a la Empresa Siglo XXI EICE ESP.
13. El 31 de enero de 2017, la Gerencia Departamental Colegiada del Vichada de la Contraloría General de la República solicitó hacer “los respectivos traslados formales de los hallazgos y/o procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva producto de las mencionadas auditorías cuya fuente de recursos sean de origen nacional producto de la auditoría practicada por esta territorial al municipio de La Primavera y la Empresa Siglo XXI EICE ESP, vigencia 2015”.
14. El 20 de febrero de 2017, mediante oficio CDV-RF-FT 02.29, el doctor Diego Meyer Artunduaga, Contralor Departamental de Vichada, solicita a esta Sala dirimir el conflicto positivo de competencias entre la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental Colegiada del Vichada y la Contraloría Departamental del Vichada, con base en las siguientes consideraciones:

“1. Si bien es cierto esta Territorial auditó recursos del orden Nacional lo hizo bajo competencia concurrente, ante la ausencia de vigilancia de estos recursos por parte de la Contraloría General de la Nación Gerencia Vichada (CGN) ya que como se dijo y se puede constatar el Sinacof la CGN no auditó la vigencia 2015 del Municipio de La Primavera (Vichada).

2. A la fecha el proceso de responsabilidad fiscal ya fue iniciado por parte del área de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva de esta Contraloría Territorial, en virtud de la competencia concurrente.

3. A pesar de la disposición contenida en la Ley 715 de 2001 respecto a la competencia de la CGN para conocer los recursos de la nación, la CGN Gerencia Vichada no estableció un sistema de vigilancia para estos recursos coordinado con esta territorial.

4. La CGN ejerciendo la autolimitación de las facultades discrecionales en cuanto a control prevalente sobre los recursos de SGP que le dio la constitución y la ley convirtió en regladas estas facultades por acto propio profiriendo la Resolución Orgánica 5678 de 2005 que establece una serie de requisitos y elementos para que se pueda dar la competencia prevalente:

‘Artículo 6. Competencia prevalente La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para avocar las acciones de vigilancia y control fiscal a los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, respecto de las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales en el ámbito de su jurisdicción; conforme a las reglas que bajo criterios de coordinación se establecen en esta resolución.

Parágrafo. En ejercicio de esta competencia, la Contraloría General de la República podrá asumir las diferentes acciones de vigilancia y control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones a partir de la adopción de su Plan General de Auditoría para cada vigencia; el cual será comunicado en oportunidad a la Contraloría Territorial correspondiente, para que se abstenga de hacer lo propio.

Artículo 7º. Criterios para disponer la competencia prevalente por la Contraloría General de la República. En el ejercicio de la competencia prevalente para la vigilancia y el control fiscal a los recursos del Sistema General de Participaciones, la Contraloría General de la República podrá asumir el conocimiento de las acciones de control fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo anterior; con sujeción a los siguientes criterios:

1. Por falta de capacidad para el ejercicio de la competencia concurrente por una Contraloría Departamental, Distrital o Municipal.

2. Cuando la Contraloría General de la República tenga graves indicios de la falta de efectividad u objetividad de la auditoría que se haya practicado para vigencia anterior.

3. En el evento de presentarse incumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Resolución por parte de las Contralorías Territoriales, respecto de la Contraloría General de

la República, que impidan el seguimiento, control y verificación a los recursos del Sistema General de Participaciones.’

(...) en el oficio remitido por la CGN, no se indica de manera motivada bajo cuál de las tres causales contenidas en el artículo 7 de la Resolución 5678 de 2005 solicita se traslade el Proceso de responsabilidad fiscal (...) adelantado por este órgano de control en las auditorías adelantadas al Municipio de La Primavera (Vichada), solo indica que se requiere la información para dar respuesta a una petición ciudadana y ejercer sus competencias.

En consecuencia, esta Contraloría solicita respetuosamente que se aplique con rigor lo preceptuado en el artículo 8 de la Resolución en cita (...).

‘Artículo 8º. Integralidad de las acciones de vigilancia y control fiscal. Independientemente de la competencia que se asuma, bien sea por la Contraloría General de la República en forma prevalente o por las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales en forma concurrente, **esta debe ser integral y plena, es decir, una vez dispuesto y en ejecución el Proceso Auditor por la Contraloría correspondiente -conforme a las reglas establecidas en esta resolución- deberán adelantarse por el mismo órgano de control las acciones de vigilancia y control fiscal que de este deriven, incluido el seguimiento al respectivo plan de mejoramiento.**

Parágrafo. No obstante lo dispuesto en este artículo, las contralorías territoriales que ejerzan la competencia prevista en el artículo cuarto que antecede, estarán en la obligación frente a la Contraloría General de la República de realizar, en los términos que para ello se establezcan, los reportes periódicos que se requieran para efectos de su seguimiento ’.

Así las cosas, esta Contraloría estaría en disposición de remitir en la forma que establezca la Gerencia Departamental del Vichada de la CGR, los informes y reportes que requiera, para efecto del seguimiento a los recursos de la Nación, ya que las auditorías son el resultado de un trabajo coordinado por todo un equipo (...). De manera respetuosa solicito a la Sala resuelva este conflicto positivo de competencias a favor de la Contraloría Departamental del Vichada para seguir conociendo del proceso (...).” (el subrayado y resaltado es textual).

II. Actuación procesal

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

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Contraloría General de la República, al Contralor Departamental del Vichada, a la Gerencia Departamental Colegiada del Vichada de la Contraloría General de la República, a los señores Carlos Ramón Cuellar Unda, Daniel González Rojas, José Ignacio Cuervo Guzmán, Luis Ignacio Conde Forero y a la señora Ana Libia Ferrerira Colmenares, representante legal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Siglo XXI ESP con el fin de que pudieran

presentar sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente. Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto se recibieron alegaciones del doctor Jorge Andrés Barrera Chaparro, apoderado de la Contraloría General de la República.

III. Argumentos de las partes

1. Argumentos de la Contraloría General de la República

Mediante escrito radicado el 17 de marzo de 2017, el doctor Jorge Andrés Barrera Chaparro apoderado de la Contraloría General de la República, señaló lo siguiente:

“La Constitución Política de Colombia estableció (art. 267) que el control fiscal ‘es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación’, mientras que ‘La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejerce en forma posterior y selectiva’ (art. 272) (...).

Por su parte, el numeral 6 del artículo 5 del Decreto 267 de 2000, señaló como función de la Contraloría General de la República: ‘Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales de conformidad con las disposiciones legales.’

La Corte Constitucional en sentencia C-127 del 26 de febrero de 2002 de la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la norma anteriormente transcrita, indicó:

‘De esta suerte, con fundamento en los artículos 272 y 267 de la Constitución, tanto las contralorías de las entidades territoriales como la Contraloría General de la República pueden ejercer el control de la gestión fiscal cuando se manejan o administran fondos o bienes de origen nacional (...) se desprende como conclusión la existencia de una competencia concurrente para desechar la pretendida competencia privativa sobre el control de la gestión fiscal en este caso y, en tal virtud, ha de aceptarse que no pueden ejercerse simultáneamente estas funciones por la Contraloría Territorial y la Contraloría General de la República (...).’

Teniendo en cuenta el pronunciamiento del Órgano Constitucional, a la competencia otorgada al Contralor General de la República en el numeral 12 del artículo 268 de la Constitución y lo señalado en el inciso séptimo del artículo 89 de la Ley 715 de 2011, se expidió la Resolución Orgánica No. 5678 de 2005 ‘por la cual se establece el Sistema de Vigilancia Especial al Sistema General de Participaciones para la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales’. Esta norma vigente y legal, señala: (...)

No es necesario hacer mayores elucubraciones para deducir que en relación con el control fiscal de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, la competencia y responsabilidad es de la Contraloría General de la República (Ley 715 de 2001), y esa competencia es prevalente (preponderante, dominante) más no excluyente ni única pues debe efectuarse en coordinación (Decreto 267 de 2000), con los demás entes de control fiscal territorial bajo los principios de concurrencia y subsidiariedad. La Corte Constitucional indicó sobre este tema:

‘existe un control concurrente de nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la Administración, sin que se pueda predicar por esto exclusión o indebida intromisión del nivel nacional en la administración territorial. Al contrario a juicio de la Corte, es el desarrollo adecuado del artículo 228 de la Constitución Política, que impone el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.’

En otras palabras, el sistema de control fiscal de esta clase de recursos (SGP) es dirigido y encaminado por la Contraloría General de la República, toda vez que esa es su responsabilidad y tanto es así que el Órgano de Control Superior expidió la Resolución Orgánica No. 5678 de 2005, atendiendo la facultad constitucional y legal para establecer el sistema de vigilancia sobre los recursos del Sistema General de Participaciones.

Este sistema siguiendo la normatividad superior y legal, se creó para lograr la mayor eficiencia y cobertura del control fiscal mediante la coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre la Contraloría General de la República y las contralorías Departamentales, Distritales y Municipales.

El mismo legislador previó que la vigilancia sobre esos no las podía realizar únicamente la Contraloría General de la República, es por ello que ordena la coordinación con las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Si bien la Contraloría General de la República tiene la competencia prevalente, es decir que para ejercer el control fiscal ‘no requiere de ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se le transfieren, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso no pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado’ (Sentencia C-403 de 1999), no es menos cierto que las contralorías departamentales, distritales o municipales concurren (asisten) en ese control, porque tanto la primera como las segundas, gozan de la facultad de vigilar y controlar (fiscalmente) los recursos del SGP. La concurrencia no significa simultaneidad (que sea al mismo tiempo). Si una contraloría territorial efectúa el control fiscal sobre esos recursos, debe reportarlo e informarlo a la Contraloría General de la República. Ahora bien, la Contraloría General de la República al tener la competencia prevalente puede abocar, bajo ciertas condiciones las acciones de vigilancia y control que lleven las contralorías departamentales, distritales o municipales sobre estos recursos”.

Por último, el apoderado de la Contraloría General de la República, anexa el Concepto 2013IE0159023 del 19 de diciembre de 2013, mediante el cual la Oficina Jurídica de dicha Autoridad se pronunció sobre el tema y trajo a colación el concepto 11001030600020130043200 del 15 de octubre de 2013, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante el cual se resolvió un conflicto de competencias entre la Contraloría General de la Nación y una contraloría municipal, el cual señaló:

“...se concluye que la facultad de iniciar el proceso de vigilancia y control fiscal de los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales para el desarrollo de sus competencias, no es privativa ni exclusiva de la Contraloría General de la República pues las normas constitucionales y legales han previsto la competencia concurrente, que no simultánea, para el ejercicio de la función auditora de la Contraloría General y las contralorías territoriales, para lo cual se hace un énfasis especial en la materialización del principio de coordinación que debe orientar el ejercicio del control fiscal a fin de lograr una vigilancia armónica de los recursos de la Nación (...).”

Respecto de los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, a cualquier título, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales tienen una competencia concurrente, es decir, que cualquiera de ellas puede ejercer, en principio, el control fiscal. Sin embargo, la competencia de la Contraloría General de la República es prevalente, lo cual implica, a juicio de la Sala, que una vez iniciada una actuación por la Contraloría General, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso, y por el contrario si después de empezada una investigación o proceso por la contraloría territorial, la Contraloría General de la República decide intervenir, su efectiva participación desplaza a la contraloría territorial.”

2. La Contraloría Departamental de Vichada

Si bien la Contraloría Departamental de Vichada no presentó alegatos dentro del trámite del conflicto, sus argumentos se pueden extraer del escrito con el cual propuso el conflicto positivo de competencias, en el cual señala que si bien es cierto esa autoridad territorial auditó recursos del orden nacional, lo hizo bajo la competencia concurrente y ante la ausencia de vigilancia de dichos recursos por parte de la Contraloría General de la República, según consta en el Sistema Nacional de Control Fiscal (Sinacof).

Señala además que el proceso de responsabilidad fiscal ya fue iniciado por parte de la Contraloría Departamental y que la Contraloría General de la República no estableció un sistema de vigilancia para tales recursos coordinado con la autoridad territorial, como lo ordena la Ley 715 de 2001. Así mismo, argumenta que la Contraloría General de la República profirió la Resolución 5678 de 2005, mediante la cual estableció los requisitos para que opere la competencia prevalente, dentro de los cuales el artículo 7º establece tres (3) requisitos, ninguno de los cuales fue citado para solicitar el traslado del Proceso de Responsabilidad Fiscal 2016-05 del 4 de noviembre de 2016.

En consecuencia, la Contraloría Departamental del Vichada solicita dar aplicación a lo previsto en el artículo 8 de la resolución en mención que regula lo relativo a la integralidad de las acciones de vigilancia y control fiscal, el cual señala que en forma independiente de la competencia que se asuma por la Contraloría General de la República en forma prevalente, o por las contralorías territoriales en forma concurrente, esta debe ser integral y plena, lo cual implica que una vez en ejecución el proceso auditor por la contraloría correspondiente, deben adelantarse por el mismo órgano de control las acciones de vigilancia y control fiscal que se deriven. Lo anterior, sin perjuicio de que la Contraloría Departamental remita los informes y reportes en la forma que lo determine la Contraloría General de la República (folios 1 a 6).

IV. Consideraciones

1. Competencia

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

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

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

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

Con base en la norma transcrita la competencia de la Sala para decidir de fondo los conflictos negativos o positivos de competencias se configuran cuando (i) dos organismos o entidades nacionales, o nacionales y territoriales, o territoriales que no estén comprendidos en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo, (ii) niegan o reclaman competencia (iii) para conocer un determinado asunto, (iv) de naturaleza administrativa.

Como se desprende de los antecedentes, el conflicto de competencias positivo de competencias administrativas involucra a dos autoridades, una del orden nacional,

la Contraloría General de la República, y otra del nivel territorial, la Contraloría Departamental del Vichada.

2. Problema jurídico

Dentro del presente asunto se discute la competencia para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 del 4 de noviembre de 2016 ordenado por la Contraloría Departamental del Vichada en desarrollo de la “Auditoría Especial con enfoque integral a la contratación, control financiero y plan de mejoramiento” realizado al Municipio de la Primavera – Vichada, durante la vigencia 2015 y dentro del cual fueron objeto de auditoría los contratos y convenios celebrados entre la administración municipal y la Empresa Siglo XXI EICE ESP, en los cuales su fuente de financiación la constituyen recursos del Sistema General de Participaciones, Sistema General de Regalías, Desahorro Fonpet, Ingresos Corrientes con Destinación Específica (recursos propios), y otros aportes y transferencias departamentales.

El problema jurídico radica en determinar si en un proceso de responsabilidad fiscal en el cual, por el origen de los recursos (Sistema General de Participaciones, entre otros) existe competencia concurrente entre la Contraloría General de la República y una contraloría departamental, puede la Contraloría General de la República, luego de iniciado el proceso fiscal por parte de la contraloría departamental e imputada una presunta responsabilidad fiscal, solicitar su traslado, sin que en la solicitud se exprese el criterio para disponer la competencia prevalente, conforme al artículo 7 de la Resolución 5678 de 2005¹⁵⁶. Así mismo, la contraloría territorial solicita dar aplicación al artículo 8 que establece el principio de “Integralidad de las acciones de vigilancia y control fiscal”.

Ante la Sala han sido planteados conflictos positivos y negativos de competencia que surgen entre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales respecto de la vigilancia y el control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones. De manera que el presente conflicto se decidirá con la reiterada jurisprudencia y las decisiones de esta Sala que dentro del marco constitucional y legal ha permitido clarificar, especialmente los conceptos de competencias concurrentes y prevalente y las reglas de su ejercicio.

3. Aclaración previa

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

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la

¹⁵⁶ Resolución orgánica expedida el 06 de julio de 2005, por la Contraloría General de la República, “Por medio de la cual se establece el Sistema de Vigilancia Especial al Sistema General de Participaciones para la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales”.

autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

4. Control fiscal y competencia

4.1 El control fiscal

El control fiscal constituye un instrumento necesario e idóneo en un Estado de Derecho para garantizar el cabal y estricto cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado, por cuanto, en virtud del mismo, se busca ejercer un control a los resultados de la administración, vigilar la gestión fiscal y verificar el manejo correcto del patrimonio estatal. Dicho en otros términos, con esta institución se persigue la preservación y el buen manejo de los bienes que pertenecen a todos.

La Corte Constitucional ha mencionado que el control fiscal previsto en la Constitución Política tiene las siguientes características específicas, como se deduce especialmente del artículo 267 *ibidem*:

“... (i) constituye una función pública autónoma ejercida por la Contraloría General de la República; (ii) se ejerce en forma posterior y selectiva; (iii) sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos por el Legislador; (iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia; (v) se ejerce en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios; (vi) cubre todos los sectores, etapas y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico; y (vii) debe estar orientado por los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales”¹⁵⁷.

Debe recordarse también que cualquier tipo de actuación judicial o administrativa en un Estado de Derecho debe estar guiada por el acatamiento al debido proceso. Lo anterior implica que en el proceso de responsabilidad fiscal se debe respetar las garantías sustanciales y procesales que integran ese derecho: legalidad, juez natural (autoridad administrativa competente), presunción de inocencia, derecho de defensa (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o por medio de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a interponer recursos contra la decisión condenatoria o sancionatoria, salvo las excepciones legales, etc.), y a no ser investigado dos veces por el mismo hecho, entre otras garantías. Al respecto la Corte Constitucional, en la sentencia SU-620 de 1996¹⁵⁸, se pronunció en los siguientes términos:

157 Corte Constitucional, sentencia C-557 del 20 de agosto de 2009, expediente D-7587.

158 Corte Constitucional, sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, expediente T-84714.

“En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C. P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Por lo tanto, en todo proceso de responsabilidad fiscal es necesario establecer con claridad cuál es el “juez natural” para investigar, eventualmente, imponer una obligación indemnizatoria a los involucrados; es decir, cuál es la autoridad a la que la Constitución Política y la ley le han otorgado esa competencia.

4.2 Competencias en materia de control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Participaciones. Reiteración

En relación con la distribución de las competencias de control fiscal entre las contralorías departamentales y municipales (donde existen) y la Contraloría General de la República, la Sala ha indicado en oportunidades anteriores¹⁵⁹, con base en los artículos 267 a 274 de la Carta Política, que a la Contraloría General de la República le corresponde vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares que “manejen fondos o bienes de la Nación” (artículos 267 y 268), mientras que a las contralorías territoriales les compete esa misma función en relación con la gestión fiscal cumplida en los territorios de su jurisdicción (artículo 272), ya sea con recursos propios de las entidades territoriales o con recursos transferidos por la Nación. Esta distribución de competencias, en todo caso, debe entenderse sin perjuicio del control prevalente que se otorga a la Contraloría General de la República cuando se trata de recursos de origen nacional transferidos a dichas entidades, así como del control excepcional que puede ejercer el mismo órgano, cuando se trata de recursos de fuente local o endógena (artículo 267, inciso tercero). Las normas citadas señalan en lo pertinente:

159 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflictos Nos. 110010306000-20130019700 del 13 de junio de 2013, 110010306000201300426 del 15 de octubre de 2013, 110010306000201400220 del 29 de mayo de 2015 y 11001030600020150009300 del 22 de octubre de 2015.

“Artículo 267: El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Ésta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial (...).

Artículo 272: La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. (...).”

No debe olvidarse que en relación con el control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones, la Ley 715 de 2001 tiene una disposición especial (el artículo 89) que fija la competencia, de manera primordial, en la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la competencia que también recae sobre las contralorías territoriales. La norma citada dispone, en su parte pertinente:

*“Artículo 89. Seguimiento y control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones. (...) **El control, seguimiento y verificación del uso legal de los recursos del Sistema General de Participaciones es responsabilidad de la Contraloría General de la República.** Para tal fin establecerá con las contralorías territoriales un sistema de vigilancia especial de estos recursos¹⁶⁰. (...).” (Se destaca).*

De las disposiciones constitucionales y legales citadas, así como del numeral 6 del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000¹⁶¹, ha entendido la Sala que en el caso de los recursos del Sistema General de Participaciones transferidos a las entidades territoriales (departamentos, municipios y distritos, entre otros), la competencia es concurrente entre las contralorías territoriales y la Contraloría General de la República, de manera que cualquiera de ellas está facultada para ejercer la función de control fiscal. Sin embargo, la competencia de la Contraloría General es prevalente. Sobre este asunto, la Sala ha concluido lo siguiente:

¹⁶⁰ Inciso corregido por el artículo 1º del Decreto 2978 de 2002.

¹⁶¹ “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”. El artículo 5º de este decreto dispone:

“Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República: (...).

6. Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieren a cualquier título a las entidades territoriales de conformidad con las disposiciones legales. (...).”

Sobre el alcance de este artículo puede verse la sentencia C-127 de 2002 y la providencia de esta Sala del 13 de julio de 2013, expediente 2013-00197, en la que se aclara que la competencia para la vigilancia de los recursos del Sistema General de Participaciones es concurrente.

“a. A la Contraloría General de la República le compete, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, ejercer el control sobre la gestión fiscal de las entidades y órganos públicos del orden nacional, inclusive aquellos de carácter autónomo (en la medida en que realicen gestión fiscal), así como sobre los particulares y las demás entidades públicas que administren o manejen bienes o fondos de la Nación.

b. El control sobre la gestión fiscal que realicen las entidades territoriales y sus descentralizadas compete a las respectivas contralorías locales, con la precisión de que el control fiscal en los municipios corresponde, en principio, a las contralorías departamentales, salvo lo que disponga la ley sobre las contralorías municipales (artículo 272, inciso 2º de la C. P.).

c. Sin perjuicio de lo anterior, la Contraloría General de la República puede ejercer, en forma excepcional, el control fiscal sobre los bienes y recursos propios de cualquier entidad territorial (artículo 267, inciso 3º de la Carta).

d. Respecto de los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, a cualquier título, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales tienen una competencia concurrente, es decir, que cualquiera de ellas puede ejercer, en principio, el control fiscal. Sin embargo, la competencia de la Contraloría General de la República es prevalente, lo cual implica, a juicio de la Sala, que una vez iniciada una actuación por la Contraloría General, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso, y por el contrario, si después de empezada una investigación o proceso por la contraloría territorial, la Contraloría General de la República decide intervenir, su efectiva participación desplaza a la contraloría territorial. Este tipo de control prevalente es diferente del control excepcional mencionado en el punto anterior.

e. Cuando las competencias de control fiscal de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales son concurrentes, **dispone la Constitución y la ley que la primera pueda ejercer el control en forma prevalente.** Dada la naturaleza potestativa de esta función, la Contraloría General de la República no puede ser obligada a ejercerlo, y mal podrían las contralorías territoriales exigirle que lo haga.”¹⁶² (Destaca la Sala).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-403 de 1999¹⁶³ señaló:

“Entonces, se observa que existe un control concurrente de nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la Administración, sin que se pueda predicar por esto exclusión o indebida intromisión del nivel nacional en la administración territorial. Al contrario, a juicio de la Corte, es el desarrollo adecuado del artículo 228 de la Constitución Política, que impone el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. Así las

162 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto de competencias administrativas N° 11001030600020130042600 del 15 de octubre de 2013.

163 Corte Constitucional, sentencia C-403 del 2 de junio de 1999, expediente D-2324.

cosas, se advierte que respecto de los recursos de origen nacional, existe prevalencia del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, en aras de garantizar el adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación. (...)”.

Ahora bien, por medio de la Resolución Orgánica No. 5678 de 2005, la Contraloría General de la República estableció el “...*Sistema de Vigilancia Especial al Sistema General de Participaciones para la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales*”.

En su artículo 5º introdujo la figura de la competencia concurrente para el ejercicio de la vigilancia y control fiscal de esta clase de recursos en los siguientes términos:

“Artículo 5º. Competencia concurrente. La Contraloría General de la República y las contralorías territoriales concurren en la competencia para el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal al Sistema General de Participaciones; sin perjuicio del control, seguimiento y verificación del uso legal que de estos recursos recae constitucional y legalmente en la Contraloría General de la República.

“Parágrafo 1º. Entiéndase por concurrencia, la atribución de que gozan tanto la Contraloría General de la República como las contralorías territoriales para la vigilancia y control fiscal a los recursos del Sistema General de Participaciones, sin que la misma pueda interpretarse como simultaneidad en su ejercicio, para lo cual se establecerán los procedimientos de coordinación previstos en la presente resolución.

“Parágrafo 2º. Al asumir las Contralorías Territoriales, por vía de la competencia concurrente, el ejercicio de las acciones de vigilancia y control fiscal al Sistema General de Participaciones en el ente territorial de su jurisdicción, estarán en el deber legal de realizar los diferentes reportes e informes periódicos que disponga la Contraloría General de la República, conforme a lo dispuesto en el Capítulo III de esta resolución”.

Por su parte, el artículo 6º *ibidem* define la competencia prevalente de la Contraloría General de la República, y el artículo 7º establece los criterios para disponer su ejercicio:

“Artículo 6º. Competencia prevalente. La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para avocar las acciones de vigilancia y control fiscal a los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, respecto de las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales en el ámbito de su jurisdicción; conforme a las reglas que bajo criterios de coordinación se establecen en esta resolución.

Parágrafo. En ejercicio de esta competencia, la Contraloría General de la República podrá asumir las diferentes acciones de vigilancia y control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones a partir de la adopción de su Plan General de Auditoría para cada vigencia; el cual será comunicado en oportunidad a la Contraloría Territorial correspondiente, para que se abstenga de hacer lo propio.

“Artículo 7º. Criterios para disponer la competencia prevalente por la Contraloría General de la República. En el ejercicio de la competencia prevalente para la vigilancia y el control fiscal a los recursos del Sistema General de Participaciones, la Contraloría General de la República podrá asumir el conocimiento de las acciones de control fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo anterior; con sujeción a los siguientes criterios:

1. Por falta de capacidad para el ejercicio de la competencia concurrente por una Contraloría Departamental, Distrital o Municipal.

2. Cuando la Contraloría General de la República tenga graves indicios de la falta de efectividad u objetividad de la auditoría que se haya practicado para vigencia anterior.

3. En el evento de presentarse incumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Resolución por parte de las Contralorías Territoriales, respecto de la Contraloría General de la República, que impidan el seguimiento, control y verificación a los recursos del Sistema General de Participaciones”.

Por último, el artículo 8º de la citada Resolución Orgánica 5678 de 2005, al referirse a la integralidad de las acciones de vigilancia y control fiscal, ordena que:

“...Independientemente de la competencia que se asuma, bien sea por la Contraloría General de la República en forma prevalente o por las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales en forma concurrente, esta debe ser integral y plena, es decir, una vez dispuesto y en ejecución el Proceso Auditor por la Contraloría correspondiente -conforme a las reglas establecidas en esta resolución- deberán adelantarse por el mismo órgano de control las acciones de vigilancia y control fiscal que de este deriven, incluido el seguimiento al respectivo plan de mejoramiento...”.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la obligación de las contralorías territoriales de realizar los reportes periódicos que la Contraloría General de la República requiera para su seguimiento.

Cabe reiterar, tal como lo señaló el apoderado de la Contraloría General de la República en los alegatos presentados, que la Corte Constitucional en sentencia C-127 de 2002 al examinar la constitucionalidad del numeral 6º del artículo 5º del Decreto Ley 267 de 2000, manifestó:

“...cada una de las entidades territoriales tiene recursos propios y, además, los que provienen de su participación en los nacionales, cuyo origen en consecuencia, es claramente diferenciable y distinto.

“Tanto con los unos como con los otros, en la órbita de su competencia, se realizan por las entidades territoriales los actos propios de la gestión pública con arreglo a la normatividad vigente y para alcanzar los fines que al Estado le asigna el artículo 2º de la Carta, pues estos no son exclusivos de las autoridades nacionales.

“Siendo ello así, corresponde a las Contralorías del orden Territorial en cumplimiento y desarrollo del artículo 272 de la Carta y desde un punto de vista orgánico, la vigilancia de la gestión fiscal que cada una de las entidades territoriales adelante en su respectiva jurisdicción.

“Con todo, como las entidades territoriales participan de los ingresos nacionales en la forma prevenida en la Constitución y la Ley, nada se opone a que la Contraloría General de la República desde el punto de vista material, ejerza el control fiscal sobre los fondos o bienes de la Nación que les sean transferidos a aquellas a cualquier título, como quiera que el artículo 267 de la Carta, sin distingo alguno atribuye a la Contraloría General de la República esa vigilancia.

“De esta suerte, con fundamento en los artículos 272 y 267 de la Constitución, tanto las contralorías de las entidades territoriales como la Contraloría General de la República pueden ejercer el control de la gestión fiscal cuando se manejan o administran fondos o bienes de origen nacional.

“Sin embargo, es claro que el ejercicio simultáneo del control fiscal por la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales en relación con la gestión pública que se cumple por las entidades territoriales, constituiría una innecesaria duplicidad de funciones, que además de multiplicar su costo en nada contribuiría a la eficacia ni a la eficiencia y celeridad de la función administrativa, por lo que se impone admitir que la Constitución no puede ser interpretada para conducir a ese resultado.

“Por otra parte, no resulta admisible una interpretación según la cual cuando se trate de la administración y manejo de fondos o bienes de origen nacional la Contraloría General de la República ejerza de modo privativo, exclusivo y excluyente, el control y la vigilancia de la gestión fiscal aun cuando esos fondos o bienes hubieren sido transferidos por la Nación a las entidades territoriales, pues ello equivaldría a ignorar la existencia del artículo 272 de la Carta, como si existiera tan sólo el artículo 267, inciso primero de la misma. Y, del mismo modo, resulta igualmente inadmisibile la interpretación contraria, que llevaría entonces a aceptar que transferidos fondos o bienes de la Nación a las entidades territoriales, en la vigilancia de la gestión fiscal de estas no podría tener ninguna competencia la Contraloría General de la República.

“Así, se impone entonces una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 267, inciso primero, 272 y 286 de la Carta, de la cual se desprende como conclusión la existencia de una competencia concurrente, para desechar la pretendida competencia privativa sobre el control de la gestión fiscal en este caso y, en tal virtud, ha de aceptarse que no pueden ejercerse simultáneamente esas funciones por la Contraloría Territorial y la Contraloría General de la República. Es pues, claro que el fundamento de la exequibilidad de la norma acusada no lo es el control excepcional sino, en forma directa, el que se desprende de los artículos 267 inciso primero, 272 y 286 de la Carta...”

5. El caso analizado

De acuerdo con la información que obra en el oficio remitido por la Contraloría Departamental del Vichada, dicha autoridad, atendiendo su Plan General de Auditorías, de acuerdo con lo señalado en el Sistema Nacional de Control Fiscal (Sinacof)¹⁶⁴, adelantó durante el año 2016 una “Auditoría Especial con Enfoque Integral a la Contratación, Control Financiero y Plan de mejoramiento, al Municipio de La Primavera (Vichada)”. En desarrollo de lo anterior, fueron objeto de auditoría, contratos y convenios celebrados entre la administración municipal y la Empresa Siglo XXI EICE ESP, en los cuales “la fuente de financiación fue el Sistema General de Participaciones, Sistema General de Regalías, Desahorro Fonpet, Ingresos Corrientes con Destinación Específica (recursos propios) y otros aportes o Transferencias Departamentales”.

En desarrollo de los hallazgos encontrados ya citados, el Área de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Departamental del Vichada ordenó, mediante auto del 4 de noviembre de 2016, la apertura del proceso de responsabilidad fiscal N° 2016-05 por presunto detrimento patrimonial estimado en la suma de novecientos cuarenta y ocho millones ochocientos cuarenta y cinco mil veintisiete pesos (\$948.845.027) en contra de Carlos Ramón Cuellar Unda, Daniel González Rojas, Luis Ignacio Conde Forero, José Ignacio Cuervo Guzmán y Ana Libia Ferreira Colmenares.

El proceso fiscal cuya apertura se ordenó por la Contraloría Departamental del Vichada como resultado de la auditoría adelantada durante el año 2016 involucra, entre otros, recursos del Sistema General de Participaciones y, en tal virtud, el 31 de enero de 2017, la Contraloría General de la República solicitó a la entidad territorial el traslado de los hallazgos y procesos de responsabilidad producto de la auditoría adelantada al municipio de La Primavera (Vichada) y la Empresa Siglo XXI EICE ESP, vigencia 2015.

Señala la Contraloría Departamental del Vichada que a pesar de la disposición contenida en la Ley 715 de 2001, la Contraloría General de la República no estableció un sistema de vigilancia para esos recursos coordinado con la entidad territorial. Al respecto, dispone el artículo 89, corregido por el Decreto 2978 de 2002, lo siguiente:

“El control, seguimiento y verificación del uso legal de los recursos del Sistema General de Participaciones es responsabilidad de la Contraloría General de la República. Para tal fin establecerá con las contralorías territoriales un sistema de vigilancia especial de estos recursos”.

En desarrollo de esa disposición, la Contraloría General de la República expidió la Resolución Orgánica 5678 de 2005 mediante la cual “se establece el Sistema de Vigilancia Especial al Sistema General de Participaciones para la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales”. No obstante lo anterior y frente a los argumentos

¹⁶⁴ Dispone el artículo 1° lo siguiente: “Definición: El Sistema Nacional de Control Fiscal –SINACOF– es el conjunto de organismos, políticas, principios, normas, métodos, procedimientos, herramientas tecnológicas y mecanismos, estructurados lógicamente, que permiten la armonización, unificación y estandarización del proceso de control fiscal; la coordinación de acciones, la integración y el fortalecimiento de los entes de control fiscal; para el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades públicas y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos”.

expuestos por la Contraloría Departamental del Vichada, se observa que la normativa citada no establece como requisito para que la Contraloría General de la República asuma la competencia prevalente que le reconoce la Carta Política respecto del control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones, que esta exprese de manera motivada cuál de las causales contempladas en el artículo 7 de la Resolución 5678 de 2005, constituye el fundamento de la solicitud de traslado del proceso.

De otro lado, en nada contraviene el principio de “Integralidad de las acciones de vigilancia y control fiscal” consagrado en el artículo 8 de la resolución citada, el hecho de que la Contraloría General de la República solicite el traslado de un proceso de responsabilidad fiscal, pues el marco normativo es claro en permitir que asuma la competencia prevalente para el ejercicio de la función auditora sobre dichos recursos en cualquier estado del proceso. Resultaría contrario al mandato constitucional, jurisprudencia y doctrina que se ha citado, argumentar que en virtud de dicho principio se puede impedir u obstaculizar la competencia prevalente en esa materia que la Constitución Política y las normas ha reconocido a la Contraloría General de la República.

Precisado lo anterior, se reitera que por mandato del artículo 267 de la Carta Política, la Contraloría General de la República está facultada para ejercer, en forma excepcional, el control fiscal sobre los bienes y recursos propios de cualquier entidad territorial.

Como ya se indicó, la Ley 715 de 2001 consagra una disposición especial en relación con el control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones: el artículo 89, el cual establece la competencia de manera prevalente de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la competencia que también recae sobre las contralorías territoriales. En tal virtud, respecto de los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, a cualquier título, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales tienen una competencia concurrente, es decir, que cualquiera de ellas puede ejercer, en principio, el control fiscal. Sin embargo, la competencia de la Contraloría General de la República es prevalente, lo cual implica, a juicio de la Sala, que una vez iniciada una actuación por la Contraloría General, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso, y por el contrario, si después de empezada una investigación o proceso por la contraloría territorial, la Contraloría General de la República decide intervenir, su efectiva participación desplaza a la contraloría territorial, tal como ocurre en el presente caso.

De lo anterior se concluye que la facultad de iniciar el proceso de vigilancia y control fiscal de los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales para el desarrollo de sus competencias, no es privativa ni exclusiva de la Contraloría General de la República pues las normas constitucionales y legales han previsto la competencia concurrente, más no simultánea, para el ejercicio de la función auditora de la Contraloría General y las contralorías territoriales, para lo cual se hace especial hincapié en la materialización del principio de coordinación que debe orientar el ejercicio del control fiscal a fin de lograr una vigilancia armónica de los recursos públicos.

Así las cosas, tratándose de recursos de la Nación administrados por las entidades territoriales, la vigilancia y el control bien pueden ser ejercidos por las contralorías territoriales, a menos que la Contraloría General de la República decida ejercer su competencia prevalente como en el presente caso. En consecuencia, la Sala considera que la competencia para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 iniciado el 4 de noviembre de 2016, es de la Contraloría General de la República.

6. Definición de competencia y términos legales

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ordena: *“Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”*. En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

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

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34¹⁶⁵ del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general. Así, la remisión al artículo 14 que hace el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho Código. El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Colegiada del Vichada es la autoridad competente para continuar y llevar hasta su culminación el proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-05 del 4 de noviembre de 2016.

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

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Colegiada del Vichada para que prosiga la actuación en forma inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Contraloría General de la República, a la Gerencia Departamental Colegiada del Vichada de la Contraloría General de la Nación, a la Contraloría Departamental del Vichada, a los señores Carlos Ramón Cuellar Unda, Daniel González Rojas, Luis Ignacio Conde Forero, José Ignacio Cuervo Guzmán y Ana Libia Ferreira Colmenares, representante legal de Siglo XXI EICE ESP y a Seguros Generales Suramericana S. A.

CUARTO: Reconocer personería al señor Jorge Andrés Barrera Chaparro como apoderado de la Contraloría General de la República, en los términos del respectivo poder y documentos anexos que obran en el expediente.

QUINTO: Expedir copias de la presente decisión con destino a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

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

Asunto: Régimen Especial de transición y de pensión de vejez o jubilación de fotógrafos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Decretos 603 de 1977 y 1069 de 1995. Diferencias entre afiliación y cotización. Posibilidad de que los conflictos de competencias administrativas sean propuestos directamente por la persona interesada.

Radicado 2016-00258

Fecha: 09/05/2017

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

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

I. Antecedentes

De acuerdo con la información que reposa en el expediente, los antecedentes del presente conflicto de competencias son los siguientes:

1. El señor Enrique Villalba Argüello nació el 11 de agosto de 1963, de conformidad con la cédula de ciudadanía N° 91.227.200, expedida en Bucaramanga (Santander). Actualmente cuenta con 53 años de edad (folio 6).
2. El señor Villalba Argüello trabajó en la Registraduría Nacional del Estado Civil entre 1979 y 2006, tiempo durante el cual hizo las siguientes cotizaciones a Cajanal y al ISS:

- **A la Caja Nacional de Previsión¹⁶⁶:**

ENTIDAD EN LA QUE PRESTÓ EL SERVICIO	TIEMPO DE VINCULACIÓN		DÍAS COTIZADOS	CAJA, FONDO O ENTIDAD QUE RESPONDE POR EL PERIODO
	DESDE	HASTA		
Registraduría Nacional del Estado Civil	16/08/1979	31/12/2001	8.173	Caja Nacional

Equivalencia en años

22,39

¹⁶⁶ El Decreto 2196 de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social. La Ley 1151 de 2007 (artículo 156) y el Decreto Ley 169 de 2008 establecieron las funciones de la UGPP y el Decreto 4269 de 2011 efectuó la distribución de competencias entre Cajanal en Liquidación y la UGPP. Por su parte, el Decreto 2196 de 2009, ordenó efectuar un traslado masivo de los afiliados cotizantes de Cajanal al Instituto de Seguros Sociales (ISS), que tuvo como fecha límite el mes de julio de ese año.

• **Al Instituto de Seguros Sociales (hoy, Colpensiones):**

ENTIDAD EN LA QUE PRESTÓ EL SERVICIO	TIEMPO DE VINCULACIÓN		DÍAS COTIZADOS	CAJA, FONDO O ENTIDAD QUE RESPONDE POR EL PERIODO
	DESDE	HASTA		
Registraduría Nacional del Estado Civil	01/10/2003	31/10/2003	30	ISS
Registraduría Nacional del Estado Civil	01/03/2006	31/03/2006	30	ISS
Registraduría Nacional del Estado Civil	01/05/2006	31/05/2006	30	ISS
Registraduría Nacional del Estado Civil	01/06/2006	30/06/2006	29	ISS

Equivalencia en años	0,32
Total de días trabajados	8.292
TOTAL DE AÑOS TRABAJADOS	22,71

- El 13 de noviembre de 2013 el señor Enrique Villalba Argüello solicitó ante la UGPP, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez conforme al régimen pensional especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, prestación esta que fue negada por medio de la Resolución RDP 053118 de 2013, al considerarse por la UGPP que dicho régimen especial solo estaba previsto para ciertos empleos y el solicitante había desempeñado otros cargos no cobijados por él. Posteriormente, en la Resolución RDP 057016 de 2013, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición, la UGPP revoca la decisión inicial, por considerar que el competente para estudiar de fondo la solicitud realizada por el peticionario era Colpensiones, en la medida en que el solicitante se trasladó de manera voluntaria al ISS desde el año 2003.
- Posteriormente, el señor Villalba Argüello solicitó a Colpensiones el 16 de mayo de 2014, el reconocimiento y pago de su pensión, la cual le fue negada mediante Resolución GNR-339968 de 2014, por considerar que el solicitante no había acreditado en debida forma el monto de los aportes hechos en su momento a Cajanal. Al resolver el recurso de reposición contra dicha resolución, Colpensiones decide confirmarla, pero esta vez con el argumento de que la entidad competente para resolver la solicitud pensional es Cajanal (ahora UGPP).
- Ante la negativa de las dos entidades de resolver de fondo sobre su pensión, el señor Villalba Argüello instauró ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de

Conocimiento de Bucaramanga, el 17 de septiembre de 2015, acción de tutela, por considerar que se estaban vulnerando sus derechos fundamentales.

6. El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bucaramanga profirió sentencia dentro de la acción de tutela instaurada, negando por improcedente el amparo constitucional invocado, entre otras razones, por existir diferentes mecanismos judiciales para hacer valer los derechos invocados, además de advertir la existencia de un conflicto de competencias administrativas entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).
7. El apoderado del señor Villalba Argüello apeló la decisión de primera instancia ante la el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el cual confirmó el fallo del Juzgado Séptimo Penal del Circuito y ordenó requerir a Colpensiones y a la UGPP para que de manera inmediata remitieran a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado las diligencias correspondientes a la petición de reconocimiento de la pensión solicitada, a efectos de que se definiera el respectivo conflicto de competencias administrativas.
8. En escrito radicado en el Consejo de Estado el 24 de noviembre de 2016 y recibido en la Sala de Consulta y Servicio Civil el 28 de noviembre del mismo año, el apoderado del señor Villalba Argüello solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil requerir y ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), remitir la totalidad de diligencias y/o documentos correspondientes a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia del señor Villalba Argüello, y resolver el conflicto negativo de competencias administrativas surgido entre esas dos entidades.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437. Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), al señor Enrique Villalba Argüello y a su apoderado.

Adicionalmente, por Auto de fecha 19 de enero de 2017, el Consejero Ponente ordenó requerir al apoderado del solicitante para que adjuntara el poder especial para actuar ante la Sala. También ordenó a la UGPP y Colpensiones remitir copia del expediente

administrativo relacionado con la solicitud de reconocimiento pensional presentada ante cada una de ellas por el señor Villalba Argüello.

Según obra en los informes secretariales del 31 de enero y 6 de febrero de 2017, el apoderado del señor Enrique Villalba Argüello adjuntó el poder especial conferido para la presente actuación. Además la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la UGPP dieron respuesta a lo requerido dentro del término señalado en el Auto de fecha 19 de enero de 2017.

III. Argumentos de las partes

1. Colpensiones

En el curso de esta actuación ante el Consejo de Estado, Colpensiones manifestó que los Decretos 2196 y 5021 de 2009, expedidos con ocasión de la supresión y liquidación de Cajanal, ordenaron el traslado masivo de afiliados de esta última entidad al ISS a partir del 1º de julio de 2009. Indica que según esos decretos Cajanal (hoy UGPP) es competente para reconocer la pensión de las personas que (i) antes del 30 de junio de 2009 habían cumplido el tiempo de cotización pero no la edad, (ii) hubieran cotizado a Colpensiones después de esa fecha, (iii) al cumplir posteriormente el requisito de edad se encontraran retirados del Sistema General de Pensiones.

Afirma Colpensiones que el señor Villalba Argüello efectivamente es beneficiario del régimen especial de vejez o jubilación para fotógrafos de la Registraduría Nacional del Estado Civil del Decreto 603 de 1977, que exige 16 años de servicio en el cargo de fotógrafo y 50 años de edad. No obstante, indica que el tiempo de servicio requerido lo acreditó estando afiliado a Cajanal (más de 16 años) y el requisito de edad (50 años) lo cumplió en el año 2013 estando retirado del Sistema General de Pensiones y sin contar con una cotización vigente en Colpensiones (folios 97 a 104). Por tanto, reitera que en esos casos la competencia es de Cajanal, hoy UGPP.

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

La UGPP considera que en el caso del señor Villalba Argüello las reglas de competencia para determinar la entidad que debe reconocer sus derechos pensionales se encuentran establecidas en el literal a) numeral i) del artículo 6 del Decreto 813 de 1994, el artículo 1º del Decreto 2527 de 2000 y los artículos 3º y 4º del Decreto 2196 de 2009. Considera que conforme a dichas normas Cajanal solo podía reconocer obligaciones pensionales respecto de sus “afiliados”, siempre y cuando estos hubieren cumplido los requisitos de edad y tiempo requeridos antes de la orden de liquidación de esa entidad (1º de julio de 2009).

La UGPP señala que en el caso analizado el señor Villalba Argüello se trasladó de manera voluntaria al ISS (hoy, Colpensiones) desde el año 2003, lo que comportó su desafiliación de Cajanal. Indica que conforme al Decreto 813 de 1994, el ISS asumió la competencia

de pensionar a las personas que se trasladaran voluntariamente a esa entidad. Observa que si bien el señor Villalba Argüello había cumplido el tiempo de servicios exigido en el régimen especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil cuando se encontraba afiliado a Cajanal, aún le faltaba el requisito de la edad, el cual se cumplió cuando ya se había trasladado voluntariamente al ISS.

Además de los argumentos antes expuestos, cita las reglas de distribución de competencias entre la UGPP y Colpensiones fijadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 30 de julio de 2014 (radicación 2014-0095) y concluye que es el ISS (hoy, Colpensiones) la entidad competente para conocer la solicitud pensional del señor Villalba Argüello, por afiliarse voluntariamente y cumplir su estatus pensional estando afiliado a ese Instituto (folios 81 a 96).

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

Puede ocurrir que dos o más autoridades se consideren competentes para conocer de un asunto de naturaleza administrativa o que, por el contrario, juzguen ser incompetentes para el efecto. Con el objeto de resolver conflictos de esta índole, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido un procedimiento específico, el cual se encuentra consagrado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) que señala:

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

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

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

De acuerdo con estas disposiciones se ha reiterado¹⁶⁷ que esta Sala es competente para resolver los conflictos de competencias (i) que se presenten entre autoridades nacionales o en que esté involucrada por lo menos una entidad de ese orden; (ii) que se refieran a un asunto de naturaleza administrativa; y que (iii) versen sobre un asunto particular y concreto.

Como se evidencia del análisis de los antecedentes, el presente conflicto de competencias involucra a dos autoridades del orden nacional, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Igualmente, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para conocer de la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el apoderado del señor Enrique Villalba Argüello.

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

Finalmente cabe señalar, según se aclaró en el auto de sustanciación del 19 de enero de 2017, que de conformidad con el artículo 39 del CPACA antes citado, es viable que los conflictos de competencias administrativas sean propuestos directamente por la persona interesada, cuando quiera que las entidades involucradas en ellos incumplen el deber de remitirlos a esta Sala o a los Tribunales Administrativos. Así sucedió en el presente caso, en el cual, a pesar de existir incluso una orden judicial, ni la UGPP ni Colpensiones promovieron el conflicto de competencias que ahora el interesado se ve forzado a presentar directamente ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para su resolución.

b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*¹⁶⁸.

167 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 11 de julio de 2016. Radicado. 110010306000201600079-00.

168 La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reemplazó el texto del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente,*

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

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

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

3. Aclaración previa

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

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

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

4. Problema jurídico

En el presente caso se debe determinar cuál es la entidad competente para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor

la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

Enrique Villalba Argüello, comoquiera que tanto la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) como la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) negaron su competencia para tramitarla.

El conflicto de competencias se presenta porque la UGPP considera que el solicitante se trasladó de manera voluntaria al ISS (hoy, Colpensiones) antes de cumplir el requisito de edad para pensionarse, lo que implica que es esa la entidad competente para reconocer la prestación en los términos de los Decretos 813 de 1994 y 2527 de 2000. Insiste en que la persona interesada cumplió requisitos para pensionarse cuando ya estaba desafiliada de Cajanal y se había trasladado al ISS, por lo que es esta última entidad, a través de Colpensiones, la responsable de reconocer la respectiva pensión.

Colpensiones reconoce que el señor Villalba Argüello se afilió al ISS en el año 2003, pero señala que dejó de cotizar desde el año 2006, cuando aún no había cumplido la edad que exige el régimen especial de los fotógrafos de la Registraduría para pensionarse (50 años). Advierte que el solicitante, al cumplir los 50 años de edad en el año 2013, se encontraba retirado del Sistema General de Pensiones pues había dejado de hacer cotizaciones. Así, considera que Cajanal (hoy, UGPP) es la entidad competente para reconocerle la pensión, pues de conformidad con los Decretos 2196 y 5021 de 2009 esa entidad es responsable de las pensiones de las personas que a 30 de junio de 2009 habían cumplido el tiempo de servicios para pensionarse pero les faltaba el requisito de edad.

Para resolver el problema jurídico propuesto, la Sala analizará el régimen especial de pensiones de jubilación de la Registraduría Nacional del Estado Civil y, en particular, el derecho de las personas que ejercieron como fotógrafos de conservar las condiciones especiales de ese régimen. Con base en ello se determinará la fecha en que el peticionario cumplió requisitos para pensionarse y, consecuentemente, las normas de competencia aplicables para ese momento. Finalmente se resolverá el caso concreto.

5. Análisis del conflicto planteado

4.1 Régimen especial de pensión de jubilación de algunos empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil y el derecho de las personas que ejercieron como fotógrafos de conservar las condiciones especiales de ese régimen

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁶⁹ en reiteradas oportunidades ha señalado que el Decreto Ley 603 de 1977¹⁷⁰ establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

169 Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, decisión de 29 de marzo de 2007. Radicado 25000-23-25-000-2002-10213-01(3716-05); decisión de 31 de mayo de 2007. Radicado 25000-23-25-000-2002-10389-01(2853-05); decisión de 12 de febrero de 2009. Radicado 25000-23-25-000-2004-01982-01(0597-08); decisión de 3 de junio de 2010. Radicado 25000-23-25-000-2004-05892-01(0890-08); decisión de 7 de abril de 2011. Radicado 25000-23-25-000-2004-05500-01(0511-08).

170 "Por el cual se fijan la escala de remuneración y el sistema de clasificación y nomenclatura correspondiente a las distintas categorías de empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y se dictan otras disposiciones".

Particularmente, se ha advertido que el artículo 17 de dicho decreto establece un régimen especial de pensiones para algunos de sus funcionarios, así:

“Artículo 17. El empleado de la Registraduría Nacional del Estado Civil que por 16 años continuos o discontinuos haya servido en el laboratorio fotográfico como jefe de sección o de grupo; o como **fotógrafo, o que haya desempeñado el cargo de dactiloscopista; o trabajado en el proceso de procesado o laminación de cédulas de ciudadanía o tarjetas de identidad como prensador, troquelador, estampador, armador o revisor, **tiene derecho, al llegar a la edad de cincuenta años, a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación** equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. (Resalta la Sala).**

El haber desempeñado por veinte años continuos o discontinuos alguno de los cargos señalados en este artículo, da derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación, cualquiera que sea su edad”.

Según esta disposición, los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil que por 16 años continuos o discontinuos hubieran trabajado en el laboratorio fotográfico como jefe de sección o de grupo, **fotógrafo**, dactiloscopista, prensador, troquelador, estampador, armador o revisor en el proceso de procesado o laminación de cédulas de ciudadanía o tarjetas de identidad, tenían derecho al cumplir 50 años de edad a que se les reconociera una pensión de jubilación mensual vitalicia *por la respectiva entidad de previsión*. Posteriormente, el Decreto 1069 de 23 de junio de 1995¹⁷¹ restringió el ámbito de aplicación de ese régimen especial de pensiones de la Registraduría Nacional del Estado Civil a un grupo de cargos mucho más reducido, entre los que se encuentran, precisamente, los fotógrafos:

“Artículo 1º. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, se aplica a todos los funcionarios de Registraduría Nacional del Estado Civil, con excepción de los servidores públicos que desempeñan las labores descritas en el artículo siguiente, a quienes se les aplica el régimen especial previsto en el artículo 17 del Decreto 603 de 1977, siempre que continúen afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con prestación Definida.

Cuando estos servidores se afilien voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad se regirán por las normas propias de este, salvo en lo que respecta al monto de las cotizaciones que se regirán en el presente Decreto”.

“Artículo 2º. Servidores públicos de la Registraduría Nacional del Estado Civil que tienen derecho a una pensión especial de vejez o jubilación. **Tendrán derecho a una pensión especial de vejez, en los mismos términos del artículo 17 del Decreto 603 de 1977, los funcionarios públicos de la Registraduría Nacional del Estado Civil que se encontraban vinculados a ella a 31 de diciembre de 1994, y que tuvieran 35 o más años de edad si son**

171 “Por el cual se reglamenta la pensión especial de vejez para unos servidores públicos de la Registraduría del Estado Civil”.

mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o aquellos que tuvieran siete (7) años o más de servicios en los cargos a continuación se mencionan:

1. *Dactiloscopistas.*

2. En el laboratorio Fotográfico: Profesional 04, Técnico 09, o Fotógrafo.” (Resalta la Sala).

De estas dos disposiciones se advierte entonces que el derecho a pensionarse con base en el Decreto Ley 603 de 1997 solo lo conservaron los siguientes cargos: *i)* dactiloscopistas y, *ii)* funcionarios que hayan trabajado en el laboratorio fotográfico, como el caso de los fotógrafos. Para ese efecto (conservar el régimen anterior), el artículo 2º en cita estableció que los beneficiarios debían acreditar dos requisitos: (i) estar vinculado a esa entidad a 31 de diciembre de 1994 y (ii) haber cumplido 35 años o más para las mujeres y 40 años o más en el caso de los hombres, o 7 años o más de tiempo de servicio en alguno de los cargos incluidos en la misma disposición¹⁷².

En el caso analizado, de las certificaciones laborales allegadas a la Sala se puede advertir que el señor Villalba Argüello era beneficiario de este régimen especial de transición, en la medida en que para el 31 de diciembre de 1994 estaba vinculado a la Registraduría Nacional del Estado Civil y había ocupado por más de 10 años el cargo de fotógrafo. Por tanto, el señor Villalba Argüello conservó el derecho a pensionarse con base en el Decreto Ley 603 de 1977, que le exige, como se dijo, 16 años continuos o discontinuos de servicio en uno de los mencionados cargos y 50 años de edad.

Cabe aclarar finalmente, que se cumplen las exigencias del parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 1 de 2005 para conservar el régimen de transición, en la medida en que a la entrada en vigencia de dicha reforma constitucional, el señor Villalba Argüello contaba con más de 750 semanas cotizadas, además de que su derecho pensional se consolidó antes del 2014, según se verá con detenimiento al analizar el caso concreto.

4.2 Competencias de reconocimiento pensional a la luz de los Decretos 813 de 1994 y 2527 de 2000

Lo primero que observa la Sala es que el régimen especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil no consagra de manera particular reglas de competencia en materia pensional. El artículo 1º del Decreto Ley 603 de 1977 se limita a decir que las personas beneficiarias de ese régimen especial tendrán derecho a la pensión allí prevista **“por la respectiva entidad de previsión”**. Para ese momento, el señor Villalba Argüello se encontraba vinculado a la Caja Nacional de Previsión Social, quien era por tanto, la llamada en ese momento a reconocer la respectiva prestación.

¹⁷² La Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que se trata de un sistema especial de transición, distinto y más favorable que el de la Ley 100 de 1993: “Resulta importante anotar aquí, que **tanto el Legislador como el Ejecutivo previeron para los dactiloscopistas de la Registraduría Nacional del Estado Civil un régimen de transición más benéfico, en cuanto a requisitos, que el régimen de transición general previsto en el artículo 36 de la propia Ley 100 de 1993 ...**” (Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado No. 25000-23-25-000-2005-00698-01).

No obstante, como lo ha señalado la Sala¹⁷³ en reiteradas oportunidades, la Ley 100 de 1993 supuso un cambio sustancial en el esquema institucional de la seguridad social, en el cual existían, hasta antes de esa ley, multiplicidad de entidades de previsión y, en particular, de entidades encargadas de reconocer y pagar las pensiones de los empleados públicos. Particularmente, el artículo 52¹⁷⁴ de la Ley 100 estableció que el ISS sería el administrador general del régimen pensional de prima media con prestación definida y que las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas, como el caso de Cajanal, solo cumplirían dicha función *únicamente respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran*. Además, la ley prohibió la creación de nuevas cajas y fondos de previsión social (artículo 129 *ibídem*) y a las existentes se les prohibió recibir nuevos afiliados, con lo que empezó un proceso de desaparición o marchitamiento de las mismas.

Así las cosas, esas cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas solo conservaron de manera excepcional la posibilidad de reconocer pensiones y así fue reglamentado por el Decreto 813 de 1994, el cual estableció también en qué otros casos dicha función pasaba a ser competencia del ISS como administrador general del sistema de prima media con prestación definida:

“Artículo 6º. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. *Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.*

a) Cuando a 1º de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 o más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.

ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.

173 Ver entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 13 de febrero de 2017. Radicado 11001-03-06-000-2016-00225-00, decisión de 15 de diciembre de 2016. Radicado 11001 03 06 000 2016 00224 00, decisión de 20 de febrero de 2017. Radicado 110010306000201600212 00 y decisión de 20 de febrero de 2017. Radicado 110010306000201600162 00.

174 “Artículo 52. Entidades administradoras. **El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros sociales.** //Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley. //Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria”. (Resalta la Sala).

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1 de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el gobierno nacional". (Resalta la Sala).

De acuerdo con lo anterior, las cajas y fondos conservaron la función de reconocer las pensiones de sus afiliados pertenecientes al régimen de transición, pero el ISS asumió esa competencia en los casos de: (i) traslado voluntario a ese instituto; (ii) liquidación de la respectiva caja, fondo o entidad de afiliación del empleado; y (iii) cuando al 1 de abril de 1994 el servidor público en régimen de transición no se encontraba afiliado a ninguna caja o entidad de previsión y opta por el régimen de prima media con prestación definida.

Posteriormente, bajo esta misma lógica de unificación del régimen de prima media en el ISS, el artículo 1º del Decreto 2527 de 2000 estableció las condiciones específicas bajo las cuales las cajas o fondos de pensiones públicos distintas al ISS pudieran reconocer pensiones mientras subsistieran:

“Artículo 1º Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. *Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas **mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieron el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, exclusivamente en los siguientes casos:*

1. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden nacional hubieren cumplido a 1º de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media.

2. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden territorial hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en la entidad territorial del domicilio de la caja, fondo o entidad pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media.

3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones.

También podrán hacerlo respecto de sus afiliados y en los mismos casos, las entidades a las cuales corresponda el reconocimiento de pensiones antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

En estos casos no se aplicará el literal c) del artículo 36 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 15 del Decreto 1513 de 1998.” (Resalta la Sala).

Así entonces, las cajas, entidades y fondos públicos que reconocían pensiones antes de la Ley 100 de 1993, solo conservaron esa competencia *mientras subsistieran y solamente respecto de sus afiliados* en tres casos:

(i) en el orden nacional respecto de las personas que cumplieron requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994 (numeral 1º);

(ii) en el orden territorial respecto de las personas que cumplieron requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia del régimen de pensiones en la respectiva entidad territorial (numeral 2º); y

(iii) cuando a la entrada en vigencia del sistema, la persona había cumplido veinte años de servicio o contare con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público. En los demás casos no podría afirmarse que la prestación se extingue, sino que su competencia será del ISS como administrador general del sistema de prima media con prestación definida, conforme a las reglas del Decreto 813 de 1994, antes analizado.

En síntesis, hay que tener en cuenta que solo de manera excepcional, las cajas o fondos de pensiones públicas conservaron competencia para reconocer las pensiones de sus afiliados, además de que, en cualquier caso, esa competencia quedaba radicada en el ISS cuando el interesado se trasladaba voluntariamente a esa entidad.

Esto último será importante para resolver el presente conflicto, en la medida en que según los antecedentes del caso, el señor Villalba Argüello, si bien estuvo afiliado a Cajanal, se trasladó voluntariamente al ISS en el año 2003, es decir, mucho antes de (i) la liquidación de Cajanal en el año 2009, según pasa a revisarse.

4.3. Reglas de competencia derivadas del Decreto 2196 de 2009, por el cual se ordena la liquidación de Cajanal. Inaplicación al caso analizado

Como se dijo inicialmente al plantear el problema jurídico, Colpensiones insiste en que la competencia para resolver la solicitud pensional del presente asunto corresponde a la UGPP por virtud de lo dispuesto en los Decretos 2196 de 2009 (que ordena la liquidación de Cajanal) y 5021 de 2009 (que establece la estructura de la UGPP y le traslada las funciones que en materia de reconocimiento de pensiones le correspondían a Cajanal).

Al respecto, como ha revisado la Sala en anteriores oportunidades¹⁷⁵, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), el Gobierno nacional mediante el Decreto 2196 de 2009¹⁷⁶, ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso un traslado masivo de sus afiliados al ISS¹⁷⁷, hecho este que sucedió el 1° de julio de 2009¹⁷⁸. En cuanto a la competencia para el reconocimiento y pago de pensiones, el artículo 3° del mismo decreto solo le dejó a Cajanal lo relativo a los afiliados a esa entidad que hubieran cumplido requisitos para obtener la prestación antes del traslado masivo al ISS, siendo este último instituto el responsable de las pensiones de las personas que cumplieran los requisitos correspondientes después de esa fecha:

“Artículo 3°. Prohibición para iniciar nuevas actividades. Como efecto de la liquidación aquí ordenada, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) EICE, en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, por lo tanto, conservará su capacidad jurídica únicamente para realizar los actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su pronta liquidación.

*En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) EICE, en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, **respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado** a que se refiere el artículo 4° del presente Decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia.”* (Resalta la Sala).

En cuanto a la competencia de Cajanal respecto de los afiliados que habían cumplido requisitos para pensionarse antes del 1 de julio de 2009¹⁷⁹, la misma se trasladó a la UGPP conforme al Decreto 5021 de 2009¹⁸⁰, al que también se refiere Colpensiones como fundamento de sus alegaciones. Sin embargo, con la aclaración de que esta competencia de la UGPP solo surge en el caso de que primero pueda concluirse que Cajanal era efectivamente responsable de reconocer la respectiva pensión en los términos de los Decretos 813 de 1994 y 2196 de 2009 en cita.

Ahora bien, la Sala observa que estos Decretos 2196 y 5021 de 2009 regulan la situación de quienes eran afiliados a Cajanal al momento de ordenarse su liquidación y, por tanto, contrario a lo afirmado por Colpensiones, en principio no son aplicables al caso de personas que para ese momento ya se habían retirado de dicha caja de previsión,

175 Ver entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 16 de diciembre de 2016. Radicado. 11001-03-06-000-2016-00156-00 y decisión de 13 de febrero de 2017. Radicado. 11001-03-06-000-2016-00256-00.

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

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

178 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 14 de diciembre de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2016-00156-00.

179 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 7 de diciembre de 2015. Radicado 11001-03-06-000-2015-00149-00.

180 *“Por el cual se establece la estructura y organización de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y las funciones de sus dependencias.”*

menos aún si tal desvinculación obedecía a la decisión voluntaria de afiliarse al ISS. En este último sentido es claro que el Decreto 2196 de 2009 no se refiere ni desconoce los traslados voluntarios al ISS ocurridos antes de la liquidación de Cajanal.

Lo anterior será relevante para resolver el caso analizado, como quiera que el señor Villalba Argüello se retiró de Cajanal en el año 2003, esto es, mucho antes de que se hubiera decretado su supresión y liquidación y, por ende, de que se expidieran las normas de competencia invocadas por Colpensiones. Además, la desvinculación de Cajanal obedeció a la afiliación voluntaria del interesado al ISS, lo que supuso el surgimiento de un vínculo jurídico con esta última entidad, el cual tiene efectos claros en materia de reconocimiento pensional (Decreto 813 de 1994), según pasa a revisarse.

5. El caso concreto

De acuerdo con los antecedentes del asunto, la historial laboral del señor Enrique Villalba Argüello es la siguiente:

EMPLEADOR	TIEMPO DE VINCULACIÓN		DÍAS COTIZADOS	CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL APORTÓ
	DESDE	HASTA		
Registraduría Nacional del Estado Civil	16/08/1979	31/12/2001	8.173	Caja Nacional
Registraduría Nacional del Estado Civil	01/10/2003	31/10/2003	30	ISS
Registraduría Nacional del Estado Civil	01/03/2006	31/03/2006	30	ISS
Registraduría Nacional del Estado Civil	01/05/2006	31/05/2006	30	ISS
Registraduría Nacional del Estado Civil	01/06/2006	30/06/2006	29	ISS
Total de días trabajados			8.292	
TOTAL DE AÑOS TRABAJADOS			22,71	

De manera particular, está acreditado que el señor Villalba Argüello trabajó en el cargo de fotógrafo en la Registraduría Nacional del Estado Civil por más de 16 años, entre el 1º de julio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2001.

De acuerdo con lo anterior y lo dispuesto en el Decreto 1069 de 1995, el señor Enrique Villalba Argüello, en su calidad de fotógrafo de la Registraduría Nacional del Estado

Civil, conservó el derecho a pensionarse con base en el Decreto 603 de 1977, que le exige acreditar 16 años de servicio en dicho cargo de fotógrafo y cumplir 50 años de edad, lo cual ocurrió el 11 de agosto de 2013.

Ahora bien, en cuanto a la competencia para reconocer el derecho pensional, se indicó anteriormente que la Ley 100 de 1993 supuso la desaparición paulatina de las cajas y fondos públicos de previsión y la asunción de las funciones de reconocimiento pensional del sistema de prima media con prestación definida en cabeza del Instituto de Seguros Sociales. En ese orden, los Decretos 813 de 1994 y 2527 de 2000 delimitaron la competencia de las cajas y fondos públicos de previsión distintos del Instituto de Seguros Sociales a unos supuestos específicos y establecieron la posibilidad de que los afiliados a dichas cajas y fondos se trasladaran voluntariamente al ISS, quien asumiría por tanto la función de reconocimiento de la respectiva pensión.

Por otra parte se ha visto que los Decretos 2196 y 5021 de 2009 se aplican solo a aquellas personas que se encontraban afiliadas a la Caja Nacional de Previsión a 2009 y no a las que antes de su supresión y liquidación se trasladaron voluntariamente al ISS.

En el caso particular, el señor Villalba Argüello (i) se vinculó al ISS desde el año 2003; y (ii) cuando se liquidó Cajanal en el año 2009 ya no estaba afiliado a esa entidad de previsión.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto a lo largo de esta decisión, la competencia para reconocer la pensión corresponde al ISS (hoy, Colpensiones) de conformidad con el artículo 6 del Decreto 813 de 1994 que le asignó a ese Instituto la función de pensionar a las personas que se trasladaban voluntariamente a él o que escogían el régimen de prima media con prestación definida¹⁸¹.

Como se dijo no son aplicables al presente caso las reglas de competencia del Decreto 2196 de 2009, pues como también se aclaró, dicha norma reguló la situación de los “afiliados” a Cajanal al momento de su liquidación (condición que ya no tenía el señor Villalba Argüello) y no afectó la situación de quienes con anterioridad ya se encontraban vinculados al ISS. Pero además, incluso se diera aplicación al mencionado decreto, la competencia sería igualmente del ISS (hoy Colpensiones), en la medida en que el interesado cumplió requisitos para pensionarse en el 2013, esto es, mucho después del 1 de julio de 2009, fecha a partir de la cual Cajanal dejó de tener competencia en materia pensional, según se analizó anteriormente.

Ahora bien, frente a la afirmación de Colpensiones respecto a que el señor Villalba Argüello se encuentra “*retirado del Sistema General de Pensiones*”, por no efectuar cotizaciones desde el año 2006 hasta el momento de solicitar su pensión en el año 2013 (cuando adquirió su estatus pensional), la Sala reitera una vez más¹⁸² que dicho argumento

181 “Artículo 6: (...) Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos: i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales”.

182 Ver entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 10 de octubre de 2016. Radicado. 11001 03 06 000 2016 00082 00; decisión de 15 de diciembre de 2016. Radicado. 11001 03 06 000 2016 00168 00 y decisión de 21 de abril de 2016. Radicado. 110010306000201600027 00.

no es atendible y que esa entidad extrañamente confunde el “retiro” del sistema con “*la inactividad*”, aspecto que aparece claramente diferenciado en el Decreto 692 de 1994, así:

“Artículo 13. Permanencia de la afiliación. *La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.*”

De este modo es claro que la pertenencia o “afiliación” al sistema de seguridad social *no se pierde por dejar de cotizar* como afirma Colpensiones. En este caso, simplemente se pasa a la categoría de *afiliado inactivo*, que es lo que normalmente puede ocurrir con las personas que han cumplido suficientemente el tiempo de servicios para pensionarse y dejan de laborar a la espera de cumplir el requisito de edad. Respecto de estas personas en ningún caso puede operar una interpretación como la propuesta por Colpensiones, en el sentido de considerarlas “*desafiliadas*” o “*excluidas*” del sistema de seguridad social, menos aún cuando tal interpretación tiene por efecto negar una competencia legal o el derecho sustantivo que le asiste al interesado.

Al respecto, se recuerda nuevamente que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁸³ ha concluido que: “(…) **la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o estas no se cubran efectivamente**”; además, de pronunciarse sobre las diferencias entre afiliación y cotización en los siguientes términos:

“Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho. La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquel.

De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en esta encuentran todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores. Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.

La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación. Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual

183 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1º de febrero de 2011. Radicación No. 38776. También se concluyó en esa sentencia: “Por otra parte, **la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación**, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas.” (Resalta la Sala). Véase también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 9 de septiembre de 2009. Radicación 35211 Sentencia del 20 de abril de 2016. Radicación No. 42350 y Sentencia del 4 de marzo de 2015. Radicación No. 49194.

que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.” (Resalta la Sala).

Por tanto, siendo un asunto plenamente decantado por la jurisprudencia y por esta Sala, se llama nuevamente la atención a Colpensiones sobre la imposibilidad de invocar la inactividad como causal de desafiliación del Sistema General de Pensiones. Dicho argumento no solo es una excusa inaceptable para evadir la competencia que le asigna la ley en esta materia, sino que además pone en riesgo los derechos pensionales de las personas que se encuentran en esa situación.

En el caso concreto, el señor Enrique Villalba Argüello, al haberse afiliado al ISS desde el 2003, generó una pertenencia permanente al Sistema, que no se pierde por el hecho de haber dejado de cotizar a la espera de cumplir el requisito de edad para pensionarse.

Por tanto, al cumplir el señor Enrique Villalba Argüello su estatus pensional en el año 2013, cuando llegó a la edad de 50 años y estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el año 2006 a través del ISS, la competencia para el reconocimiento de su pensión es de Colpensiones como sustituto de dicho Instituto. Lo anterior, se reitera, según la competencia que le fue asignada al ISS en el numeral i) literal a) del artículo 6º del Decreto 813 de 1994.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Enrique Villalba Argüello.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Reconocer personería al doctor Juan Manuel Pimiento Gómez como apoderado del señor Enrique Villalba Argüello, en los términos del poder y los documentos anexos que forman parte del expediente.

CUARTO: Comunicar la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), al doctor Juan Manuel Pimiento Gómez y al señor Enrique Villalba Argüello.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

11. Ministerio de Defensa Nacional y Procuraduría General de la Nación.

Asunto: Entidad competente para resolver el impedimento planteado por el Director de una entidad como fallador de segunda instancia.

Radicado 2017-00165

Fecha: 27/11/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias administrativas, suscitado entre el Ministerio de Defensa Nacional y la Procuraduría General de la Nación.

I. Antecedentes

1. El 22 de enero de 2015, la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en adelante Casur, abrió investigación disciplinaria en contra del señor Germán Alonso Pinzón Contreras por presunta pérdida de bienes a su cargo.
2. El 19 de febrero de 2016, la Unidad de Control Interno Disciplinario de Casur formuló pliego de cargos en contra del señor Pinzón Contreras.
3. El 15 de marzo de 2016, el apoderado del señor Pinzón Contreras presentó escrito de descargos ante la primera instancia disciplinaria para solicitar: (i) la nulidad del pliego de cargos, (ii) el decreto de pruebas y (iii) la *declaratoria de impedimento* del juzgador disciplinario para seguir adelantando el proceso, y como consecuencia del impedimento solicitó la remisión a la Procuraduría General de la Nación por competencia preferente.
4. El 23 de marzo de 2016, la Unidad de Control Interno Disciplinario de Casur mediante auto resolvió no acceder a la solicitud de nulidad presentada en el escrito de descargos, en razón a que la primera instancia disciplinaria carece de competencia para pronunciarse sobre el poder preferente, el cual radica, en su opinión, en la Viceprocuraduría General de la Nación; tampoco accedió a la solicitud de impedimento para continuar adelantando la investigación disciplinaria y guardó silencio respecto a la solicitud de pruebas.
5. El 1º de abril de 2016, la Unidad de Control Interno Disciplinario de Casur profirió un auto mediante el cual negó parcialmente las pruebas solicitadas por el apoderado del señor Pinzón Contreras en el escrito de descargos del 15 de marzo de 2016.

6. El 20 de abril de 2016, el apoderado del señor Pinzón Contreras presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del auto proferido el 1 de abril de 2016 por la Unidad de Control Interno Disciplinario de Casur. En el recurso, el apoderado reiteró la solicitud de nulidad y archivo definitivo del proceso por la vulneración de los términos procesales e insistió en la *declaratoria de impedimento* de los funcionarios de esa unidad para adelantar el proceso.
7. El 10 de mayo de 2016, la juzgadora de primera instancia de la Unidad de Control Interno Disciplinario de Casur, mediante auto, resolvió el recurso de reposición y no aceptó la recusación formulada por el apoderado del investigado en su contra, por cuanto las diligencias se adelantaron con observancia del debido proceso y del principio de imparcialidad y por lo tanto, no estaba inmersa en causal alguna de impedimento o recusación. Por lo anterior, resolvió en el mismo proveído enviar el expediente al juzgador de segunda instancia para que, por competencia, definiera la recusación presentada.
8. El 18 de mayo de 2016, la Dirección General de Casur decretó la nulidad parcial de lo actuado a partir del auto del 1 de abril de 2016 dentro de la investigación disciplinaria adelantada en contra del señor Pinzón, en razón a encontrar vulnerados los numerales 2 y 3 del artículo 143 (causales de nulidad) de la Ley 734 de 2002, esto es, *violación del derecho de defensa del investigado y existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso*.

Puntualmente, el fallador de segunda instancia señaló que el a quo, en aras de garantizar la ritualidad del proceso disciplinario, debió surtir el procedimiento indicado en los artículos 85 y siguientes del Código Único Disciplinario, por lo que actuó por fuera de los procedimientos establecidos en dicha norma y por ende el proceso resultó viciado de nulidad.

El ad quem encontró que el fallador de primera instancia, previamente a pronunciarse sobre la nulidad y el decreto de pruebas solicitadas, debió resolver la recusación planteada para darle el trámite dispuesto por el artículo 87 del Código Único Disciplinario.

9. El 12 de julio de 2016, la Dirección General de Casur resolvió no aceptar la recusación planteada por la defensa del señor Pinzón, por cuanto no encontró sustento jurídico que le permitiera establecer que la falladora de primera instancia estaba impedida para conocer las diligencias disciplinarias y porque el apoderado del investigado no aportó las pruebas que demostraran su aseveración. En consecuencia, devolvió el expediente a la primera instancia para que continuara con el trámite procesal.
10. El 10 de agosto de 2016, la falladora de primera instancia resolvió decretar parcialmente las pruebas solicitadas por el apoderado del investigado en el escrito de descargos.

11. El 29 de agosto de 2016, el apoderado del señor Pinzón nuevamente reiteró su solicitud de nulidad de lo actuado y la *declaratoria de impedimento* de los funcionarios de Casur para adelantar el proceso disciplinario.
12. El 6 de septiembre de 2016, la Unidad de Control Interno Disciplinario de Casur resolvió no aceptar la recusación formulada por el apoderado del investigado y ordenó enviar el expediente al Director General para que resolviera acerca de la recusación presentada.
13. El 13 de septiembre de 2016, la Dirección General de Casur decidió no aceptar la recusación planteada por la defensa del investigado porque la solicitud de recusación se hizo en contra de todos los empleados de la Caja de Sueldos de Retiro, lo cual no tuvo sustento jurídico, ni probatorio. En su opinión, los términos procesales fueron cumplidos por la oficina disciplinaria dentro de los plazos legales y ordenó remitir el expediente a la oficina disciplinaria de primera instancia.
14. El 20 de octubre de 2016, el Grupo de Control Interno Disciplinario resolvió el recurso de reposición interpuesto por la defensa del investigado en contra del auto del 10 de agosto de 2016, que decretó parcialmente las pruebas solicitadas en el escrito de descargos; confirmó la decisión del 10 de agosto de 2016 y concedió el recurso de apelación ante la Dirección General.
15. El 8 de noviembre de 2016, el Director General de Casur decidió declararse impedido para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del investigado en contra del auto del 10 de agosto de 2016, con el fin de evitar futuras acciones que invalidaran las decisiones de fondo que se adoptaran dentro de la investigación disciplinaria.

Lo anterior, en razón a que el investigado demandó judicialmente¹⁸⁴ al Director General de Casur, por una presunta persecución laboral, lo cual le impide conocer del proceso disciplinario en segunda instancia y con el ánimo de preservar la transparencia e imparcialidad que debe regir en los procesos. El Director General ordenó enviar el expediente a la Procuraduría General de la Nación para que se pronunciara de fondo sobre el impedimento.

16. El 10 de febrero de 2017, el Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación resolvió remitir por competencia el impedimento alegado por el Director de Casur, al Ministro de Defensa Nacional, en razón a que Casur se encuentra adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, según lo dispone el numeral 3 del artículo 7 del Decreto 1512 de 2000¹⁸⁵ y el artículo 3 del Acuerdo 8 de 2001.
17. El 26 de mayo de 2017, el Ministro de Defensa Nacional decidió remitir el impedimento por competencia al Procurador General de la Nación, teniendo en cuenta que, en

184 Juzgado 42 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá. Ref. 110013337042-2014-00653-00

185 "Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones".

su criterio, la actuación del Director General de Casur es de tipo disciplinaria y no administrativa y el Ministro de Defensa Nacional no es el superior jerárquico con atribuciones disciplinarias del Director de Casur, lo que en su entender tiene como consecuencia que no sea competente para resolver el impedimento planteado.

18. El 28 de agosto de 2017, el Procurador General de la Nación propuso el conflicto negativo de competencias entre esta entidad y el Ministerio de Defensa Nacional y por lo tanto remitió las diligencias a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. El informe secretarial que obra en el expediente da cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio de Defensa Nacional, al señor Germán Pinzón, al abogado Julio Enrique Angarita, y a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

III. Argumentos de las partes

Las partes no allegaron alegatos. Se resumen a continuación las razones aducidas por las autoridades administrativas en conflicto, en sus diferentes autos y providencias, para negar su competencia.

1. El Ministerio de Defensa Nacional

*“Teniendo en cuenta que la remisión del presente impedimento que hace el Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios se fundamenta en la Ley 1437 de 2011 y no en el procedimiento establecido en la ley especial en materia disciplinaria (Código Disciplinario Único), es preciso recordar que el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 señala que **en lo no previsto en esta ley** se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, del Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil **en lo que contravengan la naturaleza del derecho disciplinario**.*

Es clara la norma en señalar, que la integración normativa opera siempre y cuando existan vacíos específicos sobre un determinado asunto, lo cual no ocurre de manera alguna en el caso en estudio, puesto que el Título III del Código Disciplinario Único regula de manera específica los “Impedimentos y recusaciones”(...).

De tal forma que sin lugar a dudas la norma aplicable para establecer el procedimiento en caso de impedimento en el proceso disciplinario es exclusivamente el artículo 87 del Código Disciplinario Único. En este orden de ideas, en caso de impedimento, el servidor

público enviará inmediatamente la actuación disciplinaria al **superior**, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento de las diligencias.

De tal suerte que, al no tener el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), un **superior funcional**, la competencia para resolver un posible impedimento sería exclusivamente del Procurador General de la Nación.¹⁸⁶ Es claro entonces, que la facultad del Ministerio de Defensa Nacional respecto de la entidad adscrita “Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR)”, es la de control administrativo que es propio de la figura de la descentralización.

Realizado el análisis preliminar de los hechos informados, de los documentos que acompañan el escrito del Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional es de tipo disciplinaria y no administrativa. Asimismo, si bien es cierto el Ministro de Defensa es el superior inmediato de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, no es el superior jerárquico con atribuciones disciplinarias de la misma, por lo que este despacho no es competente para resolver el presente impedimento, de hacerlo podría extralimitarse en sus funciones, siendo competencia para decidir respecto de la declaratoria el señor Procurador General de la Nación”. (Negrillas originales en el texto).

2. La Procuraduría General de la Nación

“Analizados los argumentos del señor Ministro de Defensa Nacional, se considera necesario proponer el conflicto negativo de competencia teniendo en cuenta que si bien la Ley 734 de 2002 es la normativa que regula de manera especial el trámite disciplinario, el artículo 21 prevé el principio de integración normativa, el cual permite llenar los vacíos existentes en la ley disciplinaria acudiendo a los tratados internacionales ratificados por Colombia, en materia de protección de derechos humanos (...).

De acuerdo a este criterio, la nueva estructura del sistema administrativo exige interpretar el concepto de superior previsto en el artículo 87 de la Ley 734 de 2002, de cara a la organización y funcionamiento del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo e igualmente al alcance de superior contenido en la Ley 489 de 1998 y lo expuesto en el numeral 32 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, facultando a la cabeza del respectivo sector administrativo para resolver los impedimentos y recusaciones dentro de las actuaciones disciplinarias. Bajo este entendido, y considerando que de conformidad con lo previsto en el artículo 3º del Acuerdo Número 16 de 1994, aprobado por el decreto 1843 de 1994, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional es una entidad vinculada al Ministerio de Defensa, le corresponderá al Ministro de Defensa resolver el impedimento manifestado por el Director del ente, por ser la cabeza del sector administrativo”.

186 Nota original en el texto: “Decreto 262 de 2000, art. 7. Funciones. El procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: (...) 32. Conocer y resolver los **impedimentos** manifestados por los servidores públicos que desempeñen funciones a nivel **nacional y carezcan de superior jerárquico** (...)” (Negrilla fuera de texto).

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

Los conflictos de competencia que se presenten entre autoridades que deban conocer de una actuación disciplinaria, en cualquiera de sus instancias, se regulan por el artículo 82 del Código Disciplinario Único, así:

“Artículo 82. Conflicto de competencias. El funcionario que se considere incompetente para conocer de una actuación disciplinaria deberá expresarlo remitiendo el expediente en el estado en que se encuentre, en el menor tiempo posible, a quien por disposición legal tenga atribuida la competencia.

Si el funcionario a quien se remite la actuación acepta la competencia, avocará el conocimiento del asunto; en caso contrario, lo remitirá al superior común inmediato, con el objeto de que este dirima el conflicto. El mismo procedimiento se aplicará cuando ambos funcionarios se consideren competentes.

El funcionario de inferior nivel, no podrá promover conflicto de competencia al superior, pero podrá exponer las razones que le asisten y aquel, de plano, resolverá lo pertinente”.

En el presente asunto no cabe aplicar esta disposición debido a que las dos partes en conflicto, el Grupo de Control Interno Disciplinario de Casur y la Procuraduría General de la Nación no tienen un superior común en materia disciplinaria.

Ante la imposibilidad de aplicar en este caso el artículo 82 de la Ley 734 de 2002, le corresponde al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, ejercer su función general de resolver los conflictos de competencias administrativas que se presenten entre dos o más autoridades, entidades u organismos del Estado, en los términos previstos en los artículos 39 y 112, numeral 10 del CPACA. La primera de las normas citadas dispone:

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

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

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

Como se evidencia del análisis de los antecedentes, el presente conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional, la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional. Igualmente, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para conocer del impedimento planteado por el Director General de Casur, respecto del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Pinzón. Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el presente conflicto.

b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*¹⁸⁷. El artículo 21 *ibídem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitario al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente”*.

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

Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

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

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

2. Aclaración previa

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

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

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

3. Problema Jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos, en el presente caso le corresponde a la Sala decidir cuál es la autoridad competente para resolver el impedimento alegado por el Director General de Casur para tramitar el recurso de apelación presentado por el abogado del investigado.

Para resolver este conflicto la Sala revisará: (i) el Gerente General de Casur no tiene superior en materia administrativa-disciplinaria; (ii) la Ley 734 de 2002 presenta un vacío normativo en cuanto a la autoridad competente para resolver los impedimentos o las recusaciones de servidores públicos que no tienen superior en materia disciplinaria; (iii) la interpretación y aplicación del artículo 12 del CPACA. El impedimento expuesto por el Director de Casur debe ser resuelto por el Ministro de Defensa Nacional; y (iv) el caso concreto.

4. Análisis del conflicto planteado

4.1 El Gerente General de Casur no tiene superior en materia administrativa-disciplinaria

Para llegar a este aserto, debe partirse de la naturaleza jurídica de la citada entidad y de la relación que tiene, actualmente, con el Ministerio de Defensa Nacional. Respecto a la naturaleza jurídica de Casur¹⁸⁸, se trata de un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, según lo dispone el numeral 3 del artículo 7 del Decreto 1512 de 2000:

“Artículo 7°. Entidades adscritas y vinculadas. Están adscritas y vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional las siguientes entidades: (...)

Establecimientos públicos: (...)

b) Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional;

Respecto a la tutela administrativa, el artículo 37 del Acuerdo 8 de 2001 dispuso:

*“Artículo 37. Tutela administrativa. **Corresponde al Ministerio de Defensa Nacional ejercer sobre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la tutela administrativa a que se refieren las disposiciones legales vigentes sobre la materia.**”* (Negrillas de la Sala).

Por su parte, el artículo 34 del Decreto 1512 de 2000 estableció que *la Dirección y mando de la Policía Nacional está a cargo del Presidente de la República, quien la ejerce directamente o por conducto del Ministro de Defensa Nacional. El Ministro de Defensa Nacional ejerce, por intermedio del Director General, las funciones de dirección, organización, administración, inspección y vigilancia de la Policía Nacional.*

La Corte Constitucional¹⁸⁹ señaló en uno de sus pronunciamientos respecto a las entidades adscritas:

“Dentro de la competencia del legislador de determinar la estructura de la administración, se encuentra la de adscribir una entidad nacional en un Ministerio con el que guarde afinidad, salvo que existiere disposición constitucional que indique a cuál debe adscribirse o vincularse; que la decisión de adscripción no implica que el órgano adscrito deba permanecer a perpetuidad en el órgano al que se adscribe y, que decisiones tanto de vincular o de adscribir una entidad a otra, es el resultado del debido entendimiento del artículo 113 de la Carta en lo que concierne a las funciones separadas de los órganos del Estado pero con la colaboración armónica, encaminada a lograr sus fines.

188 Artículo 3 del Acuerdo 008 de 2001: *“Naturaleza jurídica. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, creada y reglamentada por los Decretos 0417 y 3075 de 1955, 782 de 1956, 2343 de 1971, 2003 de 1984, y 823 de 1995, es un establecimiento público, del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional”.*

189 Sentencia C-046 de 2004.

Que la Ley 790 de 2002, en los literales b), c) y g) del artículo 16, facultó al Presidente de la República para determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios, para reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional y para determinar la adscripción de las entidades públicas nacionales descentralizadas”.

Como se aprecia, Casur es, hoy en día, un establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, por lo que forma parte del respectivo sector administrativo y está sujeto al “control de tutela” que ejerce dicho ministerio, en los términos de la Ley 489 de 1998.

A este respecto, merece la pena citar el artículo 1.1.1.1 del Decreto 1070 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa, que dispone lo siguiente:

*“Artículo 1.1.1.1. El Ministerio de Defensa Nacional. **El Sector Administrativo Defensa Nacional está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional y sus entidades adscritas y vinculadas.***

*El Ministerio de Defensa Nacional tendrá a su cargo **la orientación, control y evaluación del ejercicio de las funciones de los organismos y entidades** que conforman el Sector Administrativo Defensa Nacional, **sin perjuicio de las potestades de decisión que les correspondan**, así como de su participación en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos. (...).” (Destacamos).*

El mismo decreto, en su Parte 2 -sector descentralizado- Título 1 -entidades adscritas, Capítulo dos, establecimientos públicos, del artículo 1.2.1.2.1, establece:

“Artículo 1.2.1.2.1. Establecimientos Públicos. Son Establecimientos Públicos del Sector Defensa, los siguientes: (...)

2. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional tiene como objetivos fundamentales reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes y demás estamentos de la Policía Nacional que adquieran el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios y desarrollar la política y los planes generales que en materia de servicios sociales de bienestar adopte el Gobierno nacional respecto de dicho personal”.

Vale la pena recordar que, conforme a la Ley 489 de 1998, cada sector administrativo “*está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley (o el Gobierno nacional)*¹⁹⁰ *definan como adscritas o vinculadas a aquellos según correspondiere a cada área*” (artículo 42), y que “*la orientación del ejercicio de las funciones*” asignadas a esas entidades corresponde al titular del ministerio o departamento administrativo al cual se encuentren adscritas o vinculadas, “*sin*

190 Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1437-00 del 25 de octubre de 2000, expediente D-2966.

perjuicio de las potestades de decisión, que de acuerdo con la ley y los actos de creación o de reestructuración, les correspondan” (artículo 44).

Asimismo, es pertinente mencionar que el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 establece las funciones generales de los ministerios y departamentos administrativos, además de las atribuciones específicas que les sean asignadas en sus respectivos actos de creación o en leyes especiales. Entre tales funciones generales, se incluye la de *“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”* (numeral 9º).

Y el artículo 61 *ibídem* señala las funciones generales de los ministros, entre las cuales se encuentra la siguiente:

*“h) **Actuar como superior inmediato, sin perjuicio de la función nominadora, de los superintendentes y representantes legales de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas**”* (Negrillas añadidas).

Lo dispuesto literalmente en dicha norma, permitiría concluir, en principio, que los ministros son los “superiores inmediatos” de los representantes legales de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al respectivo ministerio, para todos los efectos jurídicos. Sin embargo, la expresión que aparece subrayada fue declarada exequible **condicionalmente** por la Corte Constitucional en la sentencia C-727/00 de 2000¹⁹¹, “[e]n los términos del fundamento número 33 de la parte considerativa de esta Sentencia”. En dicho fundamento, la Corte explicó:

*“33. En cuanto al concepto del señor Procurador, según el cual el segmento acusado que ahora se examina viola la Constitución por cuanto le atribuye al ministro la calidad de superior inmediato de los representantes legales de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas, cuando el artículo 208 superior sólo le señala esa atribución en las dependencias del ministerio a su cargo, la Corte encuentra que la propia Carta, en su artículo 115, dispone que “el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.” Así, es claro que el poder central, titular del control de tutela, está conformado por ellos y no, como lo dice la vista fiscal, por las dependencias administrativas a su cargo. Por lo cual no resulta contrario a la Constitución que la disposición bajo examen, en lo acusado, disponga que es función de los ministros, actuar como superior inmediato de los representantes legales de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas. **Ello bajo el entendimiento de que esta superioridad le confiere el control administrativo que es propio de la figura de la descentralización, y que debe entenderse dentro del contexto normativo completo de la Ley 489, según antes se explicara.** En los anteriores términos la norma se declarará exequible”*. (Resaltamos).

191 Corte Constitucional, Sentencia C-727/00 del 21 de junio de 2000, expediente D- 2696.

Por lo tanto, como el entendimiento o condicionamiento bajo el cual una norma es declarada exequible condicionalmente integra la parte resolutive de la respectiva sentencia de constitucionalidad y, en consecuencia, hace tránsito a cosa juzgada *erga omnes*, de acuerdo con la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, es necesario interpretar la disposición citada con el alcance que le dio la Corte. De ahí que debe entenderse que el carácter de “superior inmediato” que tienen los ministros sobre los representantes legales de las entidades descentralizadas, no es otro que el que surge del “control de tutela administrativa” que ejercen dichos funcionarios sobre las entidades y los organismos adscritos y vinculados.

Dicho control está definido y regulado, entre otras normas, en los artículos 103 a 105 de la Ley 489 de 1998, para las entidades descentralizadas:

“Artículo 103. Titularidad del control. El Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y los ministros y directores de Departamento Administrativo, ejercerán control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública.

Artículo 104. Orientación y la finalidad. El control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los ministros y directores de los departamentos administrativos se orientará a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente ley y de conformidad con los planes y programas adoptados.

Artículo 105. Control administrativo. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades.

No obstante, se exceptúa de esta regla el presupuesto anual, que debe someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la Ley Orgánica de Presupuesto.” (Negritas de la Sala).

Así, pues, de las normas y la jurisprudencia citadas, se puede concluir que al Ministro de Defensa Nacional le corresponde **ejercer el control de tutela administrativo sobre Casur**, el cual se refiere a “constatar y asegurar que las actividades y funciones” de la Caja “se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales” (artículo 104 de la Ley 489 de 1998), en armonía con la política general del sector defensa establecida por el Gobierno nacional.

Pero dicho control que este entraña no puede desconocer, ni vulnerar las “potestades de decisión que de acuerdo con la ley y los actos de creación o de reestructuración”, le corresponde ejercer a Casur, por intermedio de sus órganos y empleados (artículo 44 de la Ley 489), ni comprende “la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos” de dicha entidad (artículo 105

ibídem). En otras palabras, el referido control de tutela no puede desconocer, ni vulnerar la autonomía administrativa que la Constitución y la ley reconocen a las entidades descentralizadas para la gestión de sus propios asuntos.

Por las razones anteriores, la Sala concluye que el Ministro de Defensa Nacional no puede ser considerado como “superior” administrativo, jerárquico o funcional del Director General de Casur, para el ejercicio de la función disciplinaria regulada en la Ley 734 de 2002.

4.2 La Ley 734 de 2002 presenta un vacío normativo en cuanto a la autoridad competente para resolver los impedimentos o las recusaciones de servidores públicos que no tienen superior en materia disciplinaria

En primer lugar, debe recordarse que los impedimentos y las recusaciones en los procesos y demás actuaciones disciplinarias están regulados en el Título III (artículos 84 a 88) del Libro IV del Código Disciplinario Único. Para los fines de este conflicto, merece la pena citar los artículos 84, 85 y 87:

“Artículo 84. Causales de impedimento y recusación. Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria, las siguientes: (...)

1. Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (...)

Artículo 85. Declaración de impedimento. El servidor público en quien concurra cualquiera de las anteriores causales debe declararse inmediatamente impedido, una vez la advierta, mediante escrito en el que exprese las razones, señale la causal y si fuere posible aporte las pruebas pertinentes.

*Artículo 87. Procedimiento en caso de impedimento o de recusación. En caso de impedimento el servidor público **enviará, inmediatamente, la actuación disciplinaria al superior**, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo. **Si acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento de las diligencias.***

Cuando se trate de recusación, el servidor público manifestará si acepta o no la causal, dentro de los dos días siguientes a la fecha de su formulación, vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación disciplinaria se suspenderá desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación y hasta cuando se decida”. (Subrayas de la Sala).

Como se aprecia, la Ley 734 de 2002 regula de manera integral la institución de los impedimentos y las recusaciones en materia disciplinaria, al referirse a sus aspectos más importantes, como las causales, la forma en que debe plantearse el impedimento o formularse la recusación, el procedimiento y la competencia para resolverlos. Sin embargo, esto no impide que se presenten vacíos en aspectos puntuales o específicos.

En efecto, recuerda la Sala que los vacíos o las lagunas normativas, que obligan a acudir a los métodos de integración del derecho positivo, no tienen que ser necesariamente absolutas o generales, es decir, consistir en la falta de regulación completa de una materia o asunto determinado, sino que pueden ser parciales o específicas, como ocurre en aquellos eventos en que un determinado aspecto o problema jurídico que puede suscitarse y que forme parte de un asunto más general (por ejemplo, un procedimiento administrativo o judicial), no tiene una respuesta o solución concreta y específica en la normatividad que regule dicho asunto o materia.

Esto es lo que ocurre justamente en el caso que nos ocupa, pues, a la pregunta: ¿quién debe resolver los impedimentos o las recusaciones que manifiesten o se formulen contra los servidores públicos que no tienen superior en materia disciplinaria? El artículo 87 y las demás normas de la Ley 734 de 2002 no ofrecen respuesta alguna.

Aclara la Sala que tal vacío no existiría, desde luego, si se partiera del supuesto de que todo servidor público tiene un superior en materia administrativa disciplinaria, pues, de ser así, el artículo 87 citado dispensaría siempre una solución completa y adecuada. Empero, tal asunción resulta equivocada, desde el punto de vista normativo y fáctico, tal como se ha demostrado en el acápite anterior, en relación con el Director de Casur, y como sucede en muchos otros casos, ya que la estructura con la que fue diseñada la administración pública en Colombia y, más aun, el Estado, desde la Constitución Política de 1991 hasta los decretos que crean o autorizan la creación de entidades y organismos públicos, pasando por la Ley 489 de 1998, hace que muchas veces los funcionarios que deban conocer procesos disciplinarios, en primera o en segunda instancia, no tengan superior administrativo, ni funcional en esta materia.

A este respecto, recuerda la Sala que el Decreto Ley 262 de 2000 establece, entre otros aspectos, las competencias *internas* de las dependencias y funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, por lo cual es viable acudir a sus disposiciones cuando otra norma constitucional o legal haya determinado que cierto proceso, actuación o asunto es competencia de dicho organismo de control. En otras palabras, es necesario esclarecer primero la competencia de la Procuraduría General de la Nación en un asunto determinado, para establecer luego la competencia interna del funcionario o la dependencia que lo deba tramitar dentro de dicha entidad, salvo en aquellos asuntos cuya competencia está asignada directamente al Procurador General, por la Constitución Política o la ley.

Es por esto que el artículo 78 de la Ley 734 de 2002 dispone que ***“los procesos disciplinarios que adelante la Procuraduría General de la Nación y las personerías distritales y municipales se tramitarán de conformidad con las competencias establecidas en la ley***

que determina su estructura y funcionamiento y resoluciones que la desarrollen...” (Se destaca).

En el caso que nos ocupa, la Sala observa que ni el artículo 87 ni otro precepto del Código Disciplinario Único asignan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para resolver los impedimentos planteados por servidores públicos que carezcan de superior en este campo.

Dado lo anterior, y ante la existencia de un evidente vacío normativo en este asunto, es necesario acudir, en primer lugar, a las reglas de remisión o envío que contiene el mismo código, empezando por la contenida en su artículo 21:

*“Artículo 21. Aplicación de principios **e integración normativa**. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. **En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario”**. (Negrillas de la Sala).*

Es preciso recordar que el Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 01 de 1984, fue derogado expresamente por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 309), expedido mediante la Ley 1437 de 2011, y fue sustituido por este a partir del 2 julio de 2012 (artículo 308). Por lo tanto, la referencia al Código Contencioso Administrativo debe entenderse hecha, hoy en día, al CPACA.

Por otra parte, es importante señalar que la remisión al CPACA, antes que a los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, se encuentra justificada plenamente por la **naturaleza administrativa** de la función disciplinaria cumplida por la Procuraduría General de la Nación, por las personerías municipales y distritales, por las unidades u oficinas de control disciplinario interno de las entidades públicas, por los nominadores y superiores y, en general, por los funcionarios dotados legalmente de la capacidad para ejercer la “acción disciplinaria”, de la cual es titular el Estado, con excepción de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de las salas disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura.

El carácter administrativo de esta función, y de los procedimientos que en ejercicio de la misma se tramiten, aparece ratificada en otras normas de la misma Ley 734 de 2002, como los artículos 94 y 96, que disponen, en lo pertinente:

*“Artículo 94. **Principios que rigen la actuación procesal**. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley **y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo**. Así mismo, se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción. (...).*

Artículo 96. Requisitos formales de la actuación. La actuación disciplinaria deberá adelantarse en idioma castellano, y se recogerá por duplicado...

Las demás formalidades se regirán por las normas del Código Contencioso Administrativo. Cuando la Procuraduría General de la Nación ejerza funciones de policía judicial se aplicará el Código de Procedimiento Penal, en cuanto no se oponga a las previsiones de esta ley". (Se resalta).

Adicionalmente, varias normas del CPACA ratifican este entendimiento de la función disciplinaria, como el artículo 47, que estipula:

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes. (...).”

Igualmente, las disposiciones de este código que asignan competencia a los diferentes jueces y órganos que componen la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, reafirman el carácter administrativo de los actos o decisiones que adoptan los operadores disciplinarios y, por lo tanto, de las respectivas actuaciones o procedimientos, al someter tales determinaciones al control de esta jurisdicción. Para el efecto, basta con citar solamente dos ejemplos:

El artículo 149, numeral 2º, de la Ley 1437 de 2011 prescribe que es competencia del Consejo de Estado, en única instancia, conocer:

*“2. De los [procesos] de **nulidad y restablecimiento del derecho** que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan **actos administrativos** expedidos por autoridades del orden nacional.*

*También conocerá de las demandas que **en ejercicio de la indicada acción**, y sin atención a la cuantía **se promuevan en contra de los actos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario** y las demás decisiones que profiera como **supremo Director del Ministerio Público**”. (Negritas ajenas al texto).*

(ii) El artículo 151, numeral 2º, estatuye que es competencia de los tribunales administrativos, en única instancia, conocer:

*“2. De los procesos de **nulidad y restablecimiento del derecho** que carezcan de cuantía, **en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas** distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, impuestas por las autoridades departamentales”. (Destacamos).*

Asimismo, la doctrina de esta Sala y la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, han reafirmado el carácter administrativo de esta función, excepto cuando es ejercida contra funcionarios judiciales por el Consejo Superior de la

Judicatura y los consejos seccionales. Para citar solo un ejemplo, el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de mayo de 2011¹⁹², manifestó:

*“...Para el Consejo de Estado resulta indudable que **los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública y por la Procuraduría General de la Nación, es decir, aquellos actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria** en sus ámbitos interno y externo, **constituyen ejercicio de función administrativa, y por lo tanto son actos administrativos** sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. **No se trata de actos que manifiesten la función jurisdiccional, ni mucho menos de una función sui generis o nueva del Estado**, sino –se reitera con énfasis– de actos administrativos que tienen, por definición, control judicial. La única excepción a la naturaleza administrativa de los actos de la Procuraduría es la que indica la propia Constitución en su artículo 277, inciso final, según el cual “para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial”. Según lo ha explicado sin ambigüedades la Corte Constitucional, es una excepción de interpretación restrictiva, aplicada a un tema muy específico y particular¹⁹³” (Negrillas añadidas).*

Ahora bien, estando claramente determinada la naturaleza administrativa de la función disciplinaria y de las actuaciones que en ejercicio de la misma realiza la Procuraduría General de la Nación y las oficinas de control disciplinario interno, entre otros entidades y funcionarios, es indudable que no existe contraposición alguna entre la función disciplinaria y la función administrativa, o entre el procedimiento administrativo y el procedimiento disciplinario que impida o dificulte la aplicación de las normas y los principios contenidos en el CPACA, en el campo disciplinario, siempre que no existan principios o reglas especiales contenidas en el Código Disciplinario Único. En efecto, la relación que existe entre las citadas funciones y los citados procedimientos no es de mutua exclusión, por tener naturalezas diferentes o incompatibles, sino de complementación, por compartir la misma naturaleza administrativa.

En esa medida, la función administrativa es el género y la disciplinaria es una de sus especies o manifestaciones, así como el procedimiento administrativo regulado en el CPACA es el general, mientras que el proceso disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002 es un procedimiento administrativo especial, al cual, por lo tanto, se le aplican, en lo no dispuesto por dicha ley, los principios y las normas generales de la Ley 1437 de 2011. Esta remisión, que el Código Disciplinario Único hace al CPACA, se encuentra doblemente reforzada, en virtud de lo dispuesto en varias normas de este último. En efecto, fuera de lo previsto en el primer inciso del artículo 47 del CPACA, antes citado, que se refiere, en particular, al proceso administrativo sancionatorio, es importante mencionar también lo normado por los artículos 2º y 34 ejusdem:

*“Artículo 2º. **Ámbito de aplicación.** Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado*

192 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 19 de mayo de 2011, expediente 0934-10.

193 Cita original N° 39: “Corte Constitucional, sentencia C-244 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz”.

y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata...

*Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, **sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.** (...)*

*Artículo 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, **sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código**". (Destaca la Sala).*

Como se observa, no solo es el Código Disciplinario Único el que remite a la Ley 1437 de 2011, para solucionar cualquier vacío que se presente en sus disposiciones, sino que también es el CPACA el que ordena la aplicación de sus principios y normas a los procedimientos administrativos de carácter especial (entre ellos, el disciplinario), en aquellos asuntos que no estén previstos, total o parcialmente, en las normas especiales que regulan dichas actuaciones.

De todo lo que se ha expresado en este acápite, la Sala concluye: (i) que efectivamente existe un vacío normativo en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), en relación con la competencia para resolver los impedimentos o las recusaciones que se formulen contra servidores públicos que carezcan de superior en este campo, y (ii) que dicha laguna debe ser resuelta, en primer lugar, con las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, vale la pena mencionar que la aplicación de las disposiciones del CPACA, en este asunto en particular, no contraviene "*la naturaleza del derecho disciplinario*", como lo proscribía el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, en su parte final, sino que, por el contrario, armoniza plenamente con la naturaleza de dicha rama del derecho, habida consideración del carácter administrativo que tienen, tanto la función como el proceso disciplinario en estos casos. Adicionalmente, la solución que se obtiene de aplicar parcialmente lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1437, para solucionar el problema jurídico planteado en este conflicto, concuerda totalmente con las finalidades y la orientación del Código Disciplinario Único, como se explicará en el acápite siguiente.

4.3 Interpretación y aplicación del artículo 12 del CPACA. El impedimento expuesto por el Director de Casur debe ser resuelto por el Ministro de Defensa Nacional

El artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 prescribe lo siguiente:

"Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación

con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo”.

Sobre la interpretación de esta norma, la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció en el concepto 2203 de 2014, ratificado y ampliado en el concepto 2273 de 2015. En el primero de los citados, la Sala dijo lo siguiente, acerca de los cambios introducidos por el artículo 12 del CPACA, en relación con el artículo 30 del derogado Código Contencioso Administrativo:

“La lectura de los dos textos permite compararlos de la siguiente manera:

(a) Respecto del funcionario o servidor público de quien pueda predicarse un impedimento o una recusación, y de la autoridad que debe resolver sobre el impedimento o la recusación:

(i) El funcionario, o servidor, estima que puede estar incurso en alguna causal de impedimento o recusación y debe manifestarlo y sustentarlo ante su superior, porque efectivamente lo tiene o cree tenerlo.

*(ii) El funcionario, o servidor, **no tiene superior pero está vinculado a un sector administrativo; entonces, debe manifestar su situación ante la cabeza del sector, esto es, ante el ministro o el jefe del departamento administrativo correspondiente.***¹⁹⁴

Observa la Sala que el artículo 12 del CPACA incorpora la organización por sectores administrativos que desarrolla la Ley 489 de 1998 por la cual se adaptan la organización

¹⁹⁴ Ley 489 de 1998... Artículo 42. “Sectores administrativos. El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno Nacional definan como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área.” (Aparte tachado, inexequible, Sentencia C-1437-00) // Artículo 44. “Orientación y coordinación sectorial. La orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman un Sector Administrativo está a cargo del Ministro o Director del Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentran adscritos o vinculados, sin perjuicio de las potestades de decisión, que de acuerdo con la ley y los actos de creación o de reestructuración, les correspondan”.

y el funcionamiento de la administración pública a los principios, normas y estructura contenidos en la Constitución de 1991.

*Esa organización no existía cuando se expidió el C. C. A. pero **su adopción en el CPACA resalta claramente la decisión del legislador de que el conocimiento y las decisiones sobre los impedimentos y recusaciones dentro de actuaciones de naturaleza administrativa sean asumidos por las autoridades de la Rama Ejecutiva.***

*(iii) Si el funcionario, o servidor, **no tiene superior y tampoco está vinculado a un sector administrativo, entonces sí debe dirigirse al Procurador Regional o al Procurador General de la Nación**, según sea un servidor del nivel territorial o del nivel nacional o el Alcalde Mayor de Bogotá. (...).*

(b) Respecto de la autoridad que debe, en caso necesario, producir el nombramiento ad hoc:

(i) El superior puede aceptar o no el impedimento; si lo acepta, los artículos 30 y 12 en estudio, estatuyen que este señalará quién debe continuar conociendo del asunto y, además, “si es preciso”, lo facultan para designar un funcionario ad hoc.

(ii) Las mismas decisiones aceptar el impedimento, determinar quien continúa conociendo y designar funcionario ad hoc “si es preciso”, competen al procurador regional cuando el funcionario que está impedido es del orden territorial y no tiene superior.

*(iii) **El elemento nuevo en el artículo 12 de la Ley 1437, CPACA, hace referencia a las autoridades nacionales para establecer que si consideran que están incursas en causal de impedimento y no tienen superior, deben dirigirse a la cabeza del sector administrativo, esto es, al ministro o jefe del departamento administrativo y, “a falta de los anteriores al Procurador General de la Nación”. (...)***

*El superior, **la cabeza del sector administrativo** o el Procurador General, de acuerdo con la norma en cita, toman las mismas decisiones: aceptar el impedimento, decidir quién continúa conociendo y, “si es preciso” designar el funcionario ad hoc.*

(c) La expresión “si es preciso”.

En virtud de la aceptación de un impedimento o una recusación es necesario reasignar el conocimiento del asunto de que se trate, o designar funcionario ad hoc. En principio se supondría que las dos decisiones debieran estar deferidas a la misma autoridad, sea el superior, la cabeza del sector administrativo, el Procurador General de la Nación o los procuradores regionales.

*Sin embargo, **el legislador da un tratamiento especial a la designación del servidor ad hoc** que entraría a actuar en lugar del titular, en tanto la establece como una facultad “pudiendo”- y bajo una condición “si es preciso”. (...).*

*Entonces, cuando aceptado el impedimento o la recusación no es factible determinar a quién corresponde conocer del asunto, los artículos 30 del C. C. A. y 12 del CPACA resuelven la dificultad **autorizando la designación de un funcionario ad hoc, es decir, se remiten a la función nominadora pues es en ejercicio de esta que se ha de hacer tal designación.***

*Como quien decide el impedimento o la recusación no es necesariamente idéntico a quien tiene la competencia nominadora, **si las normas en comento confirieran a aquel de manera automática esa función, desconocerían prima facie las competencias constitucionales y legales en materia de nombramientos y generarían eventuales causales de anulación de la respectiva actuación administrativa. Ni el C. C. A. ni el CPACA son ordenamientos con capacidad para desvertebrar la Constitución en materia de competencias nominadoras. (...)***” (Negritillas añadidas).

Por la consideración anterior, la Sala concluyó en el citado concepto que, aun cuando la facultad para aceptar los impedimentos y las recusaciones formuladas por o contra el Alcalde Mayor de Bogotá y los gobernadores le corresponde actualmente al Procurador General de la Nación y a los procuradores regionales, respectivamente, de acuerdo con el artículo 12 del CPACA, por no tener dichos servidores públicos superior alguno, ni pertenecer a un sector administrativo, la designación del funcionario que los haya de reemplazar en un asunto determinado, como alcalde o gobernador ad hoc, no puede ser hecha por la Procuraduría General de la Nación, por carecer tal órgano de facultades nominadoras en relación con la Rama Ejecutiva del poder público. Este último punto fue sintetizado por la Sala de la siguiente forma:

“5. La anterior interpretación del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 resulta congruente con el diseño institucional y funcional del Estado que estableció la Constitución Política de 1991. En efecto, tiene plena justificación constitucional que la competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto del Alcalde Mayor de Bogotá. D.C, (sic) esté atribuida al Procurador General de la Nación y la competencia en esos mismos eventos respecto de los gobernadores esté radicada en los procuradores regionales, por tratarse precisamente la Procuraduría General de la Nación de un organismo autónomo e independiente que tiene por función la de velar y controlar que las actuaciones administrativas sean adelantadas por funcionarios imparciales y, por ende, sean resueltas con ajuste a la ley, la moralidad y la rectitud necesarias en la función pública. Es decir, existe una conexidad sustancial entre las funciones de la Procuraduría y los objetivos perseguidos con la institución de los impedimentos y recusaciones.

Al contrario, se observa que la designación de funcionarios ad hoc en la Rama Ejecutiva en los casos en que sea aceptado el impedimento o la recusación, resulta extraña a la misión y funciones asignadas a la Procuraduría General de la Nación, y podría generar dificultades para el ejercicio autónomo e independiente que se predica de esta respecto de las funciones de control y vigilancia sobre la conducta oficial de esos funcionarios ad hoc y la de velar por el ejercicio diligente o eficiente de las funciones administrativas que ellos desempeñen (numerales 5 y 6 artículo 277 C. P.)” (Destacamos).

Estos mismos criterios fueron ratificados por la Sala en el concepto 2273 de 2015, en el cual se hicieron extensivas las consideraciones y conclusiones del concepto anterior, al nombramiento de alcaldes municipales y distritales ad hoc, con la precisión de que los impedimentos o las recusaciones que se formulen en relación con los mismos deben ser resueltas por los procuradores regionales, conforme a lo dispuesto por el artículo 12 del CPACA.

Vale la pena mencionar que la Sala de Consulta, en el referido concepto, reivindicó la aplicación de las normas generales del CPACA sobre procedimiento administrativo, a las materias o aspectos no previstos en las disposiciones que regulan procedimientos especiales (en aquel caso, el contenido en el Código Electoral). A este respecto, la Sala explicó:

“1. El Decreto 2241 de 1986... “por el cual se adopta el Código Electoral”, con las modificaciones de que ha sido objeto, se constituye en la norma especial que regula los procedimientos, competencias, autoridades y estructura propios de la función electoral.

Dicho estatuto contempla los impedimentos y recusaciones y su trámite, tratándose de los miembros del Consejo Nacional Electoral.

2. La función electoral es una función de naturaleza administrativa, de manera que con fundamento en el artículo 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta es la norma llamada a suplir los vacíos o a complementar las disposiciones del Código Electoral. (...).”

Nótese que en el asunto consultado a la Sala en esa oportunidad, los impedimentos y las recusaciones están regulados en normas especiales, que forman parte de procedimientos administrativos de la misma clase, como sucede también en el presente caso. Sin embargo, como tales disposiciones no son exhaustivas y dejan algunos vacíos (grandes o pequeños), es necesario integrarlas o complementarlas con las normas que conforman el procedimiento administrativo general contenido en la Ley 1437 de 2011 y, particularmente, con el artículo 12 *ibídem*.

5. El caso concreto

En el presente asunto, la Sala encuentra:

(i) Se trata de una actuación de carácter disciplinario, con fundamento en el Código Único Disciplinario.

(ii) De conformidad con la estructura administrativa de Casur, y como lo ha planteado la Sala, cuando el funcionario o servidor no tiene superior pero está vinculado a un sector administrativo, debe manifestar su situación ante la cabeza del sector, esto es, ante el ministro o el jefe del departamento administrativo correspondiente. Por lo anterior, al ser Casur una entidad adscrita al Ministerio de Defensa y ser este

la cabeza de dicho sector administrativo¹⁹⁵, le corresponde al Director de Casur plantear el impedimento ante el Ministro de Defensa.

(iii) El servidor público que considere que puede estar incurso en alguna causal de impedimento debe manifestarlo. Al respecto, en el presente caso se distingue una situación en particular: un impedimento presentado por el Director General de Casur para resolver el recurso de apelación impetrado por el apoderado del señor Pinzón en contra del auto que negó algunas pruebas solicitadas en el escrito de descargos.

El Director invocó su impedimento con fundamento en el numeral 1 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002, y manifestó que el principio de imparcialidad se vulneraría si resolviera el recurso, porque el investigado interpuso previamente una demanda en contra del Director, la cual cursa actualmente en el Juzgado 42 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, lo que constituye un interés directo del Director en la actuación disciplinaria.

En el trámite de los impedimentos y recusaciones no interviene la Procuraduría General de la Nación, salvo en aquellos casos en los que este organismo ejerza expresamente el poder preferente que le asigna la Constitución Nacional, o en aquellas situaciones en donde no se garantiza la doble instancia, circunstancia que no tiene lugar en Casur¹⁹⁶. Asimismo, si bien es cierto que el Procurador General de la Nación conoce y resuelve los impedimentos manifestados por los servidores públicos que desempeñen funciones a nivel nacional, solo es competente en aquellos eventos en los cuales, los funcionarios que propongan el impedimento carezcan de superior jerárquico, según lo dispone expresamente el artículo 12 del CPACA y el numeral 32 del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, no es necesario aplicar en su integridad el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 para la tramitación y resolución de impedimentos y recusaciones en el proceso disciplinario, sino solo en aquellos aspectos que la Ley 734 de 2002 no regula y, puntualmente, en lo concerniente a la competencia para solucionar los impedimentos o recusaciones y para designar el funcionario que deba seguir adelante con la actuación, cuando quien los plantea o contra el cual se formulan no tenga superior administrativo.

Finalmente, vale la pena mencionar que la solución por la cual se prohija no resulta opuesta a los principios del derecho disciplinario, contenidos en la Ley 734 de 2002, sino que, por el contrario, se muestra armoniosa con la orientación general de dicha ley, en la medida en que esta buscó profundizar y fortalecer una política que ya reflejaba el anterior Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995), consistente en asignar la potestad disciplinaria sobre los servidores públicos a las entidades, órganos, organismos y ramas a las cuales pertenezcan o estén vinculados, principalmente por conducto de las oficinas de control disciplinario interno y los nominadores, dejando la intervención de la Procuraduría General de la Nación en dichos procesos, a casos y situaciones excepcionales.

195 Decreto 1512 de 2000. "Artículo 1. Integración del sector administrativo Defensa Nacional. El sector administrativo Defensa Nacional está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional y sus entidades adscritas y vinculadas".

196 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto del 4 de diciembre de 2014, radicación 11001-03-06-000-2014-00075-00.

La Sala exhorta a la Unidad de Control Interno Disciplinario de Casur para que tramite con mayor celeridad los procesos, en tanto se observa que el caso en estudio tuvo inicio el 22 de enero de 2015 y a la fecha no se ha proferido el respectivo fallo. Así las cosas, la Sala concluye que el Ministro de Defensa Nacional es el competente para resolver el impedimento planteado por el Director General de Casur, en aras de preservar el principio de imparcialidad y el debido proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente al Ministro de Defensa Nacional para conocer y resolver el impedimento manifestado por el Director General de Casur.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia al Ministerio de Defensa Nacional para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio de Defensa Nacional, al señor Germán Pinzón, al abogado Julio Enrique Angarita, y a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

12. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Municipio de La Unión (Departamento de Nariño).

Asunto: Autoridad competente para el reconocimiento y el pago de una pensión de sobrevivientes. Pensión de jubilación por aportes. El requisito de tiempo se cumple con la suma de tiempos servidos en el sector público y en el sector privado. La competencia para el reconocimiento y el pago se determina por los aportes y las cotizaciones.

Radicado 2017-00118

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

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

I. Antecedentes

Por conducto de apoderado, la señora Gloria Lady Pabón de Martínez, en su condición de cónyuge supérstite del señor Segundo César Martínez Paz, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado dirimir el conflicto negativo de competencias surgido entre Colpensiones y el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño) para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que ella reclama. Con base en los documentos recibidos, se sintetizan los antecedentes del asunto en estudio:

1. El señor Segundo César Martínez Paz nació el 24 de julio de 1943 y falleció el 16 de abril de 2010. Contrajo matrimonio con la señora Gloria Lady Pabón en el mes de noviembre de 1964 y convivió con ella hasta su muerte.
2. En el escrito de solicitud (folios 2 y 23) y en los documentos allegados a la Sala por Colpensiones (folios 36 vto. y 37, 43, 44, 44 vta., 45, 46 y 47), los tiempos de servicio prestados y cotizados por el señor Martínez Paz, en los sectores público y privado, son:

Sector público:

- Con el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño):
 - 9 de enero de 1961 al 30 de junio de 1962,
 - 1 de julio de 1962 al 31 de diciembre de 1964,
 - 7 de enero de 1965 al 7 de enero de 1966,
 - 1 de junio de 1967 al 31 de julio de 1968,
 - 1 de agosto de 1968 al 31 de diciembre de 1968,
 - 3 de enero de 1969 al 31 de mayo de 1970,

- 2 de julio de 1970 al 15 de marzo de 1971,
- 1 de marzo de 1978 al 30 de septiembre de 1981.

Durante sus vinculaciones con el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño) no fue afiliado ni cotizó a caja, fondo o entidad de previsión social.

- Banco Cafetero: del 16 de marzo de 1971 al 3 de mayo de 1973

No se documenta afiliación, cotizaciones ni aportes para pensión.

- Nación - Ministerio de Educación Nacional: del 3 de octubre de 1973 al 15 de octubre de 1977.

Está documentada la afiliación a Cajanal, con aportes.

- Nación – Rama Judicial - Juzgado 17 de Instrucción Criminal de La Unión Nariño: del 1 de diciembre de 1988 al 30 de abril de 1990.
- Está documentada la afiliación a Cajanal, con aportes.

Sector privado:

- General de Equipos de Colombia: del 29 de marzo de 1979 al 30 de junio de 1979.

Afiliado al ISS, hoy Colpensiones. Con cotizaciones.

- Cooperativa Comuna: del 1 de agosto de 2000 al 30 de junio de 2001.

Afiliado al ISS, hoy Colpensiones. Con cotizaciones.

3. Mediante Resolución GNR 105491 del 13 de abril de 2015, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión *post mortem* de vejez solicitada por la señora Pabón de Martínez como cónyuge supérstite del señor Martínez Paz, porque estimó que, por tratarse de una pensión por aportes, la competencia para reconocer el derecho solicitado corresponde a la última entidad a la cual se realizaron aportes y siempre que el tiempo de aportación sea de por lo menos 6 años, condición esta última que no cumplió el causante con el ISS-Colpensiones.

Afirmó “que al municipio de La Unión realizó la mayoría de cotizaciones, contabilizando un tiempo total de 12 AÑOS 1 MES Y 23 DÍAS” y, por consiguiente, la solicitud de reconocimiento de la pensión solicitada era de competencia del Municipio de La Unión (Departamento de Nariño).

4. El 29 de junio de 2017, por Resolución 328, el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño) se declaró incompetente para realizar el reconocimiento de la pensión de

sobreviviente reclamada por la señora Pabón de Martínez, cónyuge supérstite del señor Martínez Paz, de conformidad con los siguientes argumentos:

a) La competencia para estudiar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes quedó radicada en el Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993¹⁹⁷ y en el artículo 5° del Decreto 1068 de 1995¹⁹⁸, que reglamentó la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en el nivel territorial.

b) El numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 de 2000¹⁹⁹, invocado por Colpensiones, no es aplicable en razón a que no se cumplen los dos requisitos señalados en la norma, pues (i) no subsiste caja, fondo o entidad pública que tuviera a su cargo el reconocimiento de pensiones, y (ii) el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño), no es administrador del Sistema General de Pensiones.

La citada Resolución 328 también incluye consideraciones sobre el principio de favorabilidad en materia pensional con base en el artículo 53 de la Constitución Política.

En la parte resolutive, además de declarar la falta de competencia del municipio para resolver la petición de la señora Pabón de Martínez, se ordena remitir el asunto a esta Sala para que sea dirimido el conflicto negativo de competencias administrativas.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Consta que se informó sobre el presente conflicto a Colpensiones, a la Alcaldía del Municipio de La Unión (Departamento de Nariño), a la señora Pabón de Martínez y a su apoderado, Abogado Hans Peter Zarama Muñoz, con el fin de que presentaran sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente. Con posterioridad a la desfijación del edicto, Colpensiones allegó escrito de alegato. El Municipio de La Unión (Departamento de Nariño) Alcaldía Municipal, la señora Pabón de Martínez y su apoderado guardaron silencio.

¹⁹⁷ Ley 100 de 1993 (diciembre 23) *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*

¹⁹⁸ Decreto 1068 de 1995 (junio 23) *“Por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los fondos de pensiones del nivel territorial, y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial.”*

¹⁹⁹ Decreto 2527 de 2000 (4 de diciembre) *“Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones.”* Artículo 10. *“Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las Cajas, Fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieron el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, exclusivamente en los siguientes casos: 1. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden nacional hubieren cumplido a 1o. de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra Administradora del Régimen de Prima Media./2. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden territorial hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en la entidad territorial del domicilio de la Caja, Fondo o entidad pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra Administradora del Régimen de Prima Media. / 3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, Caja o Fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al Sistema General de Pensiones. También podrán hacerlo respecto de sus afiliados y en los mismos casos, las entidades a las cuales corresponda el reconocimiento de pensiones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones./ En estos casos no se aplicará el literal c) del artículo 36 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 15 del Decreto 1513 de 1998”.*

Al continuar con el trámite, el despacho del Magistrado Ponente observó que dentro de las diligencias no se encontraba el memorial poder que acreditara al abogado Hans Peter Zarama Muñoz como mandatario de la señora Pabón de Martínez, ante esta Sala. En consecuencia, por auto de fecha 30 de agosto de 2017 se dispuso oficiar al interesado para que allegara el mencionado documento, como en efecto lo hizo. En el folio 52 obra el poder debidamente presentado.

III. Argumentos de las partes

1. De Colpensiones

En escrito dirigido a la Sala, Colpensiones enumeró las “entidades de previsión social con las cuales se suscitan conflictos de competencias” y dentro de ellas subrayó los “fondos o entidades territoriales (departamentales y/o municipales)”; y mencionó los conceptos jurídicos de octubre de 2014 y mayo de 2015, emitidos dentro de la Administradora, con fundamento en la Ley 100 de 1993, los Decretos 813 de 1994 y 2709 de 1994, y los pronunciamientos del Consejo de Estado.

Se refirió en detalle al Decreto 2709 de 1994 reglamentario del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, sobre la llamada pensión de jubilación por aportes, porque de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2709 en mención, “los requisitos para determinar la entidad pagadora de la prestación económica” son: “I. Ser la última entidad de previsión a la que se realizaron los aportes, y II. Haber recibido los aportes durante un tiempo mínimo de seis años continuos o discontinuos”, y de no cumplirse alguno de estos requisitos “la entidad a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes será la obligada a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes”.

Con relación al caso concreto observó que el señor Martínez Paz fue destinatario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 porque “el 1° de abril de 1994” tenía más de 50 años de edad y “más de 15 años de cotización”; y que conservó dicho régimen porque el 25 de julio de 2005 tenía “más de 750 semanas cotizadas” y logró “completar requisitos antes del 31 de diciembre de 2014”. Con base en la historia laboral del señor Martínez Paz, concluyó:

“... porque frente a la necesidad de sumar tiempos tanto públicos como privados, la ley aplicable al caso concreto es la Ley 71 de 1988, norma establece de igual manera que entidad debe ser la competente para resolver de fondo su situación pensional, que como se observó con anterioridad debe ser la última en donde se realizaron los aportes siempre cuando estos hayan sido mayores a 6 años, situación que no se observó con Colpensiones siendo este el último fondo; por el contrario con el municipio La Unión (Nariño) ocurrió lo contrario superando las cotizaciones hechas los 18 años.

Ahora, si bien es cierto el Departamento (sic) no es el encargado de administrar el Régimen de Prima Media, tal como lo mencionan, también lo es que los departamentos, municipios y distritos cuentan con Fondos Pensionales Territoriales adscritos, y en caso de que estos

no asuman la carga del pago pensional, la competencia para su reconocimiento recaerá directamente sobre el respectivo departamento, municipio o distrito, según corresponda”.

2. Del Municipio de La Unión (Departamento de Nariño)

La entidad no intervino en la oportunidad legal, pero su posición se expone en los considerandos de la Resolución 328 de 29 de junio de 2017, por la cual declaró su falta de competencia. En la parte considerativa se refirió al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sobre la pensión de sobrevivientes; al artículo 36 de la misma Ley 100, sobre el régimen de transición; y a la Ley 71 de 1988 sobre la pensión por aportes.

Igualmente destacó que el artículo 52 de la Ley 100 se refiere a las “entidades administradoras” del régimen de prima media:

*“Artículo 52. **Entidades administradoras.** El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.*

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria”.

Agregó que el Decreto 1068 de 1995, reglamentario de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en el nivel territorial, dispuso en el artículo 5º:

*“**Artículo 5º.- Efectos de la afiliación.** Para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, la afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente al del diligenciamiento del respectivo formulario.*

Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente.

La entidad administradora de pensiones donde se encuentre afiliado el servidor público de los entes territoriales, efectuará el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o de jubilación, una vez le sea entregado el respectivo bono pensional”.

Señaló que la Ley 71 de 1988, estableció el derecho a la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:

“Artículo 7º. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.”

Con base en la normatividad enunciada, el municipio concluyó:

“La entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida, es el Instituto de Seguros Sociales (ISS), de acuerdo con el citado artículo 52 de la ley 100 de 1993 y esta fue la entidad que recibió las cotizaciones del funcionario en el periodo durante el cual ocurrió el hecho que da lugar al pago de la pensión correspondiente, entendiendo por tal hecho el momento en el cual dicho funcionario cumplió los requisitos de semanas cotizadas y de edad para obtener la pensión respectiva, razón por la cual es al ISS hoy Colpensiones, como entidad administradora, a quien le corresponde por competencia, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y por consiguiente la pensión de sobreviviente”. (...) Se encuentra entonces que la disposición del numeral 3º del artículo 1º del decreto 2527 de 2000, no resulta aplicable en el caso planteado, en razón a que, de una parte no se cumple el requisito y es que el Municipio de La Unión Nariño, no es administrador del sistema general de pensiones. (...)”

3. De la peticionaria

Aunque no presentó alegaciones ante la Sala, en el escrito que promueve el presente conflicto de competencias sostuvo, por conducto de su apoderado, que el señor Martínez Paz cotizó al ISS hoy Colpensiones, en 1979, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y también en el año 2001, y que en la vinculación laboral con el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño), como empleado público, no hizo aportes a ninguna entidad de previsión ni el municipio lo afilió a entidad de ese tipo.

Manifestó que el Municipio de la Unión (Departamento de Nariño) no es una entidad de previsión y en ninguna época ha tenido competencia para recaudar aportes o asumir el pago de las pensiones de jubilación o de vejez de sus servidores públicos. Hizo la siguiente observación:

“El tiempo laborado por el señor Segundo César Martínez Paz con el Municipio de La Unión Nariño, es tiempo de servicio pero no puede tomarse como tiempo de afiliación a entidad de previsión ni como tiempo de aportación. Dicho tiempo si tiene el efecto de obligar al Municipio de la Unión Nariño a responder por el bono pensional que se causa por razón de la vinculación laboral en virtud del mandato de la ley 100 de 1993. Obligación que la autoridad

Municipal reconoció de manera expresa y ya se encuentra en manos de Colpensiones como lo certifica la Resolución GNR 105491 del 13 de abril de 2015”.

Al respecto citó las decisiones de la Sala, del 15 de diciembre de 2016 y 20 de febrero de 2017²⁰⁰, y explicó las similitudes de hecho y de derecho con las condiciones de la peticionaria.

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de Sala

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

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

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

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

Con base en la norma transcrita la competencia de la Sala para decidir de fondo los conflictos negativos o positivos de competencias se configuran cuando (i) dos organismos o entidades nacionales, o nacionales y territoriales, o territoriales que no estén comprendidos en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo, (ii) niegan o reclaman competencia (iii) para conocer un determinado asunto, (iv) de naturaleza administrativa.

Como se evidencia en los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades una del orden nacional, Colpensiones, y la otra del orden territorial, el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño). El asunto discutido es de naturaleza administrativa y es particular y concreto porque se refiere a la solicitud de reconocimiento

²⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 15 de diciembre de 2016, Radicación No.11001 03 06 000 2016 00224 00 (C), y Decisión del 20 de febrero de 2017, Radicación No. 11001 03 06 000 2016 00162 00 (C).

de la pensión de sobrevivientes presentada por la señora Gloria Lady Pabón de Martínez. Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

b. Términos legales

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

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

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

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

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34²⁰¹ del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

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

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

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

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

2. Aclaración previa

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

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

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

3. Problema jurídico

Se trata de establecer la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama la señora Gloria Lady Pabón de Martínez en su condición de cónyuge supérstite del señor Segundo César Martínez Paz, a partir de los siguientes hechos que le conciernen, de acuerdo con la información recibida por la Sala:

- (i) El señor Martínez Paz nació el 24 de julio de 1943 y falleció el 16 de abril de 2010.
- (ii) El tiempo total trabajado por el causante fue de 21 años, 0 meses y 14 días, que corresponden a vinculaciones laborales con el sector público y con el sector privado, en razón de las cuales solo estuvo afiliado e hizo aportes y cotizaciones a Cajanal (5 años, 5 meses, 13 días) y al ISS (1 año, 2 meses, 4 días), respectivamente.
- (iii) En particular, durante el tiempo que estuvo vinculado laboralmente con el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño) no estuvo afiliado a ningún fondo, caja o entidad de previsión social y, por consiguiente, no hizo aportes para efectos pensionales.

4. Análisis del conflicto planteado

Tomando en consideración las razones por las cuales Colpensiones estima carecer de competencia para estudiar y decidir sobre la petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que reclama la señora Pabón de Martínez y pretende radicar tal competencia en un municipio que como entidad territorial corresponde a la división político administrativa del territorio y no al sistema de seguridad social, la Sala volverá a insistir en las razones constitucionales y legales expuestas en pronunciamientos

anteriores, por tratarse de las mismas situaciones de hecho y de derecho con base en las cuales se ha declarado la competencia de Colpensiones.

La identidad de las situaciones de hecho y de derecho se refiere a: (i) tiempos laborados en sectores público y privado, que deben sumarse para que el interesado complete el requisito del tiempo necesario para causar su derecho pensional; (ii) no afiliación ni cotizaciones o aportes, para efectos pensionales; (iii) aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36, inciso segundo, de la Ley 100 de 1993; (iv) inexistencia de fondo, caja o entidad de previsión social a cargo del derecho pensional reclamado; (v) inexistencia o falta de competencia del fondo territorial de pensiones; (vi) falta de competencia del departamento o el municipio incurso en el conflicto de competencia.

Frente a las situaciones enunciadas, la Sala ha estudiado y reitera en esta oportunidad: (i) las competencias de Colpensiones y la entidad territorial que se encuentra en el conflicto negativo de competencias administrativas; (ii) el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; y (iii) la pensión de jubilación por aportes.

4.1. Las competencias de las entidades que intervienen en el presente conflicto

4.1.1. Colpensiones

Como lo ha reiterado la Sala en pronunciamientos conocidos por Colpensiones²⁰², el Sistema General de Pensiones organizado por la Ley 100 de 1993 se integró con el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y su administración se dejó a cargo, respectivamente, del Instituto de los Seguros Sociales (ISS), y de los fondos privados organizados por la misma ley.

El artículo 52 de la Ley 100, además de fijar en el ISS la competencia general para la administración del régimen de prima media, ordenó que las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público continuarían administrando dicho régimen *“respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”*, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.²⁰³ En armonía con el artículo 52 en cita, el artículo 129 de la misma Ley 100 prohibió, a partir de su vigencia, la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales, distintas a las que se constituyeran como empresas promotoras o prestadoras de servicios de salud.

202 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisiones de 29 de abril de 2014, Rad. 2013-00532; 23 de febrero de 2015, Rad. No. 2015-00009; 23 de febrero de 2015, Rad. 2015-00015, 7 de diciembre de 2015, Rad. No. 2015-00122; 15 de diciembre de 2016, Rad. 2016 00168; 3 de octubre de 2017, Rad. 2017-00131.

203 L. 100 /93, artículo 52. *“Entidades administradoras. El régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales. / Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acajan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley. / Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria”*.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que refería el artículo 52 de la Ley 100, existentes a su entrada en vigencia, habían sido creadas por los departamentos y municipios con antelación a la Ley 6ª de 1945 o en virtud del artículo 23 de esta Ley 6ª.

En efecto, la Ley 6ª de 1945 organizó el régimen de las prestaciones sociales de los empleados y obreros nacionales (artículo 17); para su reconocimiento y pago ordenó al Gobierno organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales antes del 1 de julio de 1945 (artículo 18); confirió personería jurídica a la Caja en mención y previó que la Nación garantizaría sus obligaciones (artículo 19); estableció las fuentes del capital de la misma Caja, entre ellas los aportes de los empleados y obreros (artículo 20); facultó a “las instituciones de previsión social de empleados y obreros oficiales, ya existentes” a “fundirse con la Caja” o a continuar como entidades independientes (artículo 21), y adoptó las siguientes disposiciones para los departamentos y municipios y sus empleados y obreros:

“Artículo 22º.- El Gobierno, teniendo en cuenta la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, señalará por medio de decreto las prestaciones que hayan de pagar a los empleados y obreros correspondientes.”

“Artículo 23º.- Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella.”

Como se verá más adelante, las cajas, fondos o entidades de previsión social en el nivel territorial dieron paso a los fondos territoriales de pensiones, en virtud del conjunto de mandatos adoptados en la Ley 100 de 1993 para estructurar el sistema integral en materia pensional.

Ahora bien, la supresión del ISS se contempló en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007²⁰⁴, y el 28 de septiembre de 2012 fueron expedidos los Decretos 2011, que determinó y reglamentó la entrada en operación de Colpensiones; 2012, que suprimió en el ISS las funciones y la estructura atinentes a la administración del régimen pensional; y 2013, que ordenó la supresión del ISS y su liquidación. En la misma fecha, 28 de septiembre de 2012, los decretos en mención entraron en vigencia.²⁰⁵

El artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 igualmente creó la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), como la entidad pública administradora del régimen de prima media con prestación definida:

204 Ley 1151 de 2007 (julio 24) “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.”

205 Decreto 2011 de 2012, “Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y se dictan otras disposiciones”. Artículo 9º. “Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.” Publicado en Diario Oficial 48567 del 28 de septiembre de 2012. // Decreto 2012 de 2012, “Por el cual se suprimen unas dependencias de la estructura del Instituto de Seguros Sociales (ISS).” Artículo 4º. “El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga en lo pertinente los decretos 2148 de 1992, 1403 de 1994, 337 de 1995, 1944 de 1995, 2599 de 2002 y demás disposiciones que le sean contrarias (sic).” Publicado en Diario Oficial 48567 del 28 de septiembre de 2012. // Decreto 2013 de 2012, “por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”. Artículo 48º. “Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.” Publicado en Diario Oficial 48567 del 28 de septiembre de 2012.

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

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

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

El Decreto 2013 de 2012 dejó a cargo del proceso liquidatorio del ISS los procesos de cobro coactivo y la defensa en las acciones de tutela relacionadas con la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que se encontraban en curso a su entrada en vigencia. Los reconocimientos pensionales debieron ser asumidos por Colpensiones a partir del 28 de septiembre de 2012 por disposición del Decreto 2011 del mismo año. Los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 2011 de 2012, regulan las condiciones bajo las cuales opera Colpensiones y sustituye al ISS:

“Artículo 1º. Inicio de Operaciones. *A partir de la fecha de publicación del presente decreto, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) inicia operaciones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.”*

“Artículo 2º. Continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de los Afiliados y Pensionados en Colpensiones. *Los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), mantendrán su condición en la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), así como los derechos y obligaciones que tienen en el mismo régimen, sin que ello implique una selección o traslado de régimen del Sistema General de Pensiones.*

Los afiliados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), mantendrán su condición, derechos y obligaciones que tienen, en el mismo régimen administrado por Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), sin que ello implique una selección o traslado de régimen de Sistema General de Pensiones.

Para estos efectos, el traslado de la información de cada uno de los afiliados y pensionados del Instituto de Seguros Sociales (ISS), y afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), se hará observando la debida reserva y confidencialidad, y no requerirá de autorización alguna del afiliado o pensionado, teniendo en cuenta que su transferencia opera como consecuencia de lo establecido en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007.”

“Artículo 3°. Operaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberá:

1. Resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, incluyendo aquellas que habiendo sido presentadas ante el Instituto de Seguros Sociales (ISS), o la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), no se hubieren resuelto a la entrada en vigencia del presente Decreto, con excepción de lo dispuesto en el artículo 5° del mismo²⁰⁶.

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

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

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

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

Parágrafo primero transitorio. El pago de la nómina de pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administraba el Instituto de Seguros Sociales (ISS), correspondiente al mes de octubre de 2012 se realizará de conformidad con el registro y trámite de novedades que haya efectuado el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Parágrafo segundo transitorio. Los actos administrativos expedidos por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación

²⁰⁶ Decreto 2011/ 12, Artículo 5°. *“Pensiones causadas. Las pensiones de los afiliados a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), causadas antes de la entrada en vigencia del presente decreto, serán reconocidas y pagadas por esta entidad, hasta tanto la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP), asuman dichas competencias”.*

Definida que no hubieren sido notificados a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, serán notificados por el Instituto de Seguros Sociales. Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se surta la notificación, el Instituto de Seguros Sociales remitirá los expedientes respectivos a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)”.

Al respecto, la Sala ha concluido en decisiones reiteradas, igualmente conocidas por Colpensiones:

“En armonía con el mandato de la mencionada norma de creación, el Decreto Ley 2011 de 2012 en el artículo 3°, numeral 1, asignó a Colpensiones la “operación” de “resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales”.

Esa operación así descrita es la regla general de competencia para el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administraba y sigue administrando el Estado y, por supuesto, corresponde al objeto para el cual fue creada Colpensiones.

Hace notar la Sala que el artículo 3°, numeral 1, en cita, agrega que esa operación “incluye” las solicitudes presentadas ante el ISS y Caprecom. Así, a la vez que identifica unas pensiones provenientes de instituciones específicas, ratifica que el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida es su competencia general.

En cuanto a las excepciones, la norma se refiere a las pensiones de los afiliados a Caprecom, “causadas” antes de la entrada en vigencia del mismo Decreto Ley 2011, y asigna una competencia transitoria a Caprecom que será definitiva en cabeza de la UGPP a partir del inicio de sus actividades.”

4.1.2. El Municipio de La Unión (Departamento de Nariño)

a) Sobre la entidad territorial y la Alcaldía

De acuerdo con el artículo 286 de la Constitución Política, los municipios son entidades territoriales. El artículo 311 *ibídem* los define así:

“Artículo 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.”

Las funciones enunciadas en la definición constitucional del municipio no incluyen de manera expresa las relativas a la seguridad social. Pero la norma remite a la ley para que defina los servicios públicos a cargo de los municipios.

La seguridad social es un servicio público (artículo 48 constitucional). No obstante, en la Ley 100 de 1993 la administración de los regímenes pensionales no está a cargo de la

entidad territorial “municipio”. Tampoco las Leyes 136 de 1994, 617 de 2000 y 1551 de 2012²⁰⁷, que contienen el régimen legal de los municipios, incluyen la administración ni el reconocimiento de derechos pensionales.

La Ley 489 de 1998, sobre organización y funcionamiento de la administración pública, establece:

“Artículo 39º.- Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano. (...)

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas y los acuerdos, según el caso. (...).”

De acuerdo con los apartes pertinentes transcritos del artículo 39 de la Ley 489 de 1998 la alcaldía y las secretarías son organismos principales de la entidad territorial –en este caso el municipio–, e integran su sector central, en razón de lo cual sus funciones deben enmarcarse en las constitucionales y legales del municipio. Por consiguiente, tampoco tienen competencia para reconocer derechos pensionales.

El reconocimiento, el pago o la administración de derechos pensionales por parte del municipio o de alguna de sus dependencias, deben estar expresamente asignados en norma legal. Es necesario entonces hacer una breve referencia a los fondos territoriales de pensiones.

b) Sobre los fondos territoriales de pensiones

En el punto 4.1.1., de esta decisión se indicó que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, las cajas, fondos y entidades de previsión social existentes en el nivel territorial que tenían a su cargo el reconocimiento y la administración de derechos pensionales, provenían del reordenamiento institucional previsto en la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 23²⁰⁸, ordenó a los municipios que no las tuvieran crear “instituciones de previsión social similares” a la caja nacional que la misma ley establecía. Corolario de este mandato legal fue que ni los departamentos ni los municipios debían cumplir funciones de previsión social.

207 Ley 136 de 1994 (2 de junio) “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”; Ley 617 de 2000 (6 de octubre) “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”; Ley 1551 de 2012 (6 de julio) “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.”

208 Ley 6ª/45, Artículo 23. “Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella.”

La Ley 100 de 1993, además de prever en su artículo 52 y en otras disposiciones, la supresión de las cajas, fondos o entidades de previsión públicas, en su artículo 139, numeral 3, confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para organizar el pago de las pensiones que estaba a cargo de dichos fondos, cajas y entidades del sector público en el nivel territorial:

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

3. Establecer un régimen de fondos departamentales y municipales de pensiones públicas, que sustituya el pago de las pensiones a cargo de las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales. Se podrá retener de las transferencias, de la respectiva entidad territorial, para garantizar el pago de tales pensiones, solo mediante acuerdo con su representante legal. (...).”

En ejercicio de las facultades conferidas fue expedido el Decreto Ley 1296 de 1994²⁰⁹, que en el artículo 2º autorizó –y ordenó– que a más tardar el 30 de junio de 1995, se crearan los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas denominados “fondos de pensiones territoriales”. Con relación a la naturaleza de los fondos, el artículo 3º del Decreto Ley 1296 estableció:

“Artículo 3º. Naturaleza. Los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas, serán cuentas especiales, sin personería jurídica, adscritas a la respectiva entidad territorial o a una distinta según la conveniencia, cuyos recursos se administrarán mediante encargo fiduciario.

Parágrafo. En aquellos casos en los cuales no se pueda efectuar un encargo fiduciario, se podrán asignar las funciones para la administración de los recursos del fondo a cualquier entidad perteneciente al respectivo ente territorial”.

Así, el legislador extraordinario dispuso que los fondos territoriales de pensiones no fueran personas jurídicas, sino “cuentas especiales”, es decir, un mecanismo de manejo de recursos que, con un fin determinado, se apropian en el presupuesto de un organismo o entidad públicos; e igualmente determinó que la administración de esos recursos se hiciera por encargo fiduciario y solo si este no fuere factible, por una dependencia de la respectiva entidad territorial. En cuanto a las funciones, el artículo 4º relacionó:

²⁰⁹ Decreto Ley 1296 de 1994 (junio 22), “por el cual se establece el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas.” Artículo 1º. “Objeto. El presente Decreto tiene por objeto establecer el régimen general de los fondos departamentales, distritales o municipales de pensiones públicas, que sustituyan el pago de pensiones de las entidades territoriales, cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales.”/ Artículo 2º. “Creación. Autorízase la creación de fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas, que se denominarán “Fondos de Pensiones Territoriales”, a más tardar el 30 de junio de 1995, en concordancia con lo establecido en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.”

“Artículo 4º. Funciones. Los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas tendrán las siguientes funciones en la respectiva entidad territorial:

1. Sustituir el pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, a cargo de las cajas o fondos pensionales públicos, y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales.

2. Sustituir a las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes pertenecientes a la entidad territorial, en lo relacionado con el pago de pensiones de aquellas personas que han cumplido el tiempo de servicio pero no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, una vez se reconozcan, siempre y cuando no se encuentren afiliados a ninguna otra administradora del régimen de pensiones de cualquier orden.

3. Sustituir a las entidades territoriales, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales pertenecientes a la entidad territorial, que tengan a su cargo el pago directo de pensiones, cuando ello se decida.

4. Tomar las medidas necesarias para que se dé cabal cumplimiento a la mesada pensional adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

5. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios, garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia pensional deba atender el respectivo fondo.

6. Velar para que todas las entidades sustituidas en el pago de pensiones cumplan oportunamente con las transferencias de las sumas correspondientes a cada entidad por concepto de los pasivos pensionales.

7. Liquidar y sustituir en los pagos de los bonos pensionales de que trata el artículo 123 de la Ley 100 de 1993, los cuales estarán a cargo de la respectiva entidad y de las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos a quienes sustituya, cuando el fondo se constituya en los términos del inciso 1º del artículo 3º del presente Decreto.

Parágrafo. En el acto en que se ordene la organización o constitución de cada Fondo de Pensiones Territoriales, se podrá establecer su capacidad para asumir el reconocimiento de pensiones que venían efectuando las entidades a quienes sustituya”.

Destaca la Sala que el numeral segundo y el párrafo del artículo 4º transcrito, establecen los únicos casos en los cuales los fondos territoriales tienen competencia para hacer reconocimientos de derechos pensionales y que, para el caso en estudio, ninguna de tales disposiciones resulta aplicable al Municipio de La Unión (Departamento de Nariño) ni a las condiciones particulares del causante señor Martínez Paz.

4.2. El régimen de transición

La Ley 100 de 1993 en su artículo 36 estableció que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tuvieran 35 años o más las mujeres, o 40 años o más los hombres, o que tuvieran 15 o más años de servicios cotizados, tendrían derecho a pensionarse con el régimen anterior al que se encontraran afiliados. Así, quienes cumplieran uno de los dos requisitos se pensionarían bajo el régimen que le fuera aplicable cuando entró a regir el sistema general:

El requisito de la edad, de 40 años para los hombres y 35 para las mujeres.

O el requisito del tiempo, igual para hombres y mujeres: 15 o más años de servicios cotizados.

El artículo 151 de la Ley 100 en comento indicó que para los servidores públicos del nivel nacional, la fecha de entrada en vigencia del sistema general era el 1° de abril de 1994; y para los servidores territoriales, la señalada por el gobierno territorial y en todo caso, el 30 de junio de 1995²¹⁰.

Con el Acto Legislativo 01 de 2005 se prohibió la existencia de los regímenes pensionales excepcionales y especiales, excepto los del Presidente de la República y la Fuerza Pública, y se adoptaron medidas para finalizar el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993:

“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: (...)

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo” (...)

“Párrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

²¹⁰ Ley 100 de 1993, Artículo 151. *“Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1° de abril de 1994. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma. / Párrafo. El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental”.*

En virtud de la reforma constitucional en comento, el régimen de transición de la Ley 100 expiró el 31 de julio de 2010, pero los beneficiarios de dicho régimen que aún no habían causado el derecho pensional lo conservaron hasta el año 2014, siempre que acreditaran 750 semanas cotizadas o su equivalente de 15 años de servicio, en la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005.²¹¹

En cuanto al alcance de la expresión “hasta el año 2014”, la Sala, en concepto del 10 de diciembre de 2013²¹² sustentó que concluía el 31 de diciembre de 2014.

4.3 La pensión de jubilación por aportes

La Ley 71 de 1988²¹³, en su artículo 7°, dispuso:

“Artículo 7.- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.

Obsérvese que la norma transcrita usa las expresiones “empleados oficiales” y “trabajadores”, y “entidades de previsión social” y “el Instituto de Seguros Sociales”.

En consecuencia, la norma está refiriéndose a las vinculaciones laborales con el sector público y con el sector privado, en virtud de las cuales, las afiliaciones y cotizaciones para efectos pensionales debían hacerse, respectivamente, con las cajas o fondos de previsión social que eran públicos, o con el ISS que era para los trabajadores privados y, excepcionalmente para los trabajadores oficiales, es decir para quienes estaban vinculados a las entidades públicas mediante contrato laboral.

En vigencia de la Ley 100 de 1993, el transcrito artículo 7° de la Ley 71 fue reglamentado por el Decreto 2709 de 1994²¹⁴, que en su artículo 1° denominó la pensión así obtenida como pensión de jubilación por aportes:

“Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

211 Acto Legislativo 01 de 2005, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.” Artículo 2o. “El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.” Fue publicado en el *Diario Oficial* 45.980 del 25 de julio de 2005.

212 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 10 de diciembre de 2013, Radicación No. 2194, Expediente 11001 03 06 000 2013 00540 00.

213 Ley 71 de 1988 (diciembre 19) “por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

214 Decreto 2709 de 1994 (diciembre 13) “por el cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 71 de 1988”

El artículo 5° del mismo Decreto 2709 ordenó que no se computaría como tiempo de servicio aquel por el cual no se hubieran hecho cotizaciones al ISS o aportes a las cajas o fondos públicos:

“Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege”.

El transcrito artículo 5° fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013²¹⁵, por considerar con base en la jurisprudencia constitucional, que las materias vinculadas a los derechos fundamentales “se encuentran sujetas a reserva de ley”, y que “el contenido esencial del régimen pensional se encuentra en estrecha conexidad” con los derechos fundamentales a la vida, el trabajo, el mínimo vital, etc., “por lo que su determinación debe realizarse a través del ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador, excluyendo para el efecto su fijación mediante reglamentación presidencial.” Y explicó:

“Para la Sala no hay duda que el tema de los tiempos computables para los efectos relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, al igual que la edad, forma parte del contenido esencial del mencionado régimen pensional, por lo que las exclusiones o excepciones al mismo deben establecerse mediante normas con rango de ley”.

A lo cual agregó:

Dado que esta reglamentación del Decreto 2709 de 1994, que es la vigente, fue expedida cuando ya regían la Constitución Política de 1991 y el sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, ha surgido el interrogante jurídico de si la restricción citada del artículo 5° debe aplicarse o no, si se tiene en cuenta que en el marco del sistema prestacional anterior a la afiliación a la seguridad social, concretamente para el servidor público, no era obligatoria sino facultativa de las entidades empleadoras, de modo que la ausencia de cotización ni le era imputable a los servidores de las entidades ni afectaban los derechos pensionales, dado que de todas maneras el empleado tenía derecho a las prestaciones, con o sin afiliación a las entidades de previsión.

Además es claro desde el punto de vista constitucional, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (C. P., art. 48), por lo cual en principio todo tiempo servido o cotizado a entidades públicas tiene vocación de aptitud para contabilizar los derechos pensionales.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que no puede negarse el derecho a la pensión de jubilación por aportes ni a su reliquidación cuando algunas de las entidades públicas no efectuaron aportes a cajas de previsión.

215 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00133-00(2793-08).

En efecto, en sentencia del 1º de marzo de 2001, con ponencia del C.P. Alberto Arango Mantilla, Expediente No. 66001-23-31-000-0527-01-485-2000, se dijo:

*“(...) los nominadores tienen el deber de practicar a sus empleados y trabajadores los descuentos parafiscales que habrán de girar luego a las respectivas cajas de previsión a título de aportes. De suerte que **la no aportación a los entes de previsión de los valores correspondientes, en nada podrá afectar el derecho a la pensión de jubilación.** Y sencillamente, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la respectiva caja de previsión deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes; una tesis contraria podría conducir al absurdo de que un funcionario público **tuviera que asumir las consecuencias negativas de los yerros de la administración, cuando quiera que esta incumpliere sus deberes frente al pago de los mencionados aportes**” (subrayado propio del texto original).*

Con este criterio, la Sala en la referida sentencia, así como en otras posteriores, ha decidido inaplicar la restricción que contiene el citado artículo 5º del Decreto 2709 de 1994.

En esta oportunidad, la Sala reitera el mencionado criterio para considerar que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si dicho tiempo fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social²¹⁶.

Las decisiones jurisprudenciales en cita dejan claro que el requisito del tiempo exigido para configurar el derecho a la pensión de jubilación por aportes se reúne con la suma de los tiempos laborados con empleadores públicos y privados, y que para tal efecto no tiene incidencia si durante esos tiempos laborados se hicieron o no aportes o cotizaciones a entidades de previsión y al ISS.

Por el contrario, los aportes y las cotizaciones sí son los elementos determinantes de la competencia para el reconocimiento de la pensión por aportes, como de manera expresa lo regula el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, en comentario:

“Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes. (...).

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago.”

216 [Esta cita es de la sentencia de anulación del artículo 5º del Decreto 2709/94] “Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, sentencia de 9 de junio de 2011, expediente No. 1117-09, C. P. Gerardo Arenas Monsalve”.

La regla general, de conformidad con la norma reglamentaria, es entonces que la competencia se radica en la última entidad –caja, fondo o entidad pública, o el ISS– a la cual hizo aportes o cotizaciones la persona que reúna los requisitos de tiempo de servicio y edad exigidos para la pensión de jubilación por aportes, con la condición de que el tiempo de afiliación haya sido de seis (6) años como mínimo, continuos o discontinuos. De lo contrario, el reconocimiento y el pago corresponden a la entidad o fondo con el que se tenga mayor tiempo de aportación.

Vale decir que, las hipótesis de la norma reglamentaria en materia de competencia y tratándose de la pensión de jubilación por aportes, están definidas por razón de la afiliación al ISS y a las entidades de previsión social del sector público y los consiguientes cotizaciones y aportes. Sin embargo, el análisis y la aplicación de la regla de competencia contenida en el artículo 10 del Decreto 2709, requieren los siguientes elementos de juicio adicionales:

- (i) El Decreto 2709 es norma reglamentaria del artículo 7º de la Ley 71 de 1988; no es una ley ni en sentido material ni en sentido formal.
- (ii) La Ley 71 de 1988 no contiene disposición alguna sobre la competencia para el reconocimiento de la pensión que estableció en su artículo 7º y, además, para la época de su expedición las instituciones responsables del reconocimiento y pago de derechos pensionales eran las relacionadas en el mismo artículo 7º, a saber: el ISS y las entidades de previsión social del sector público”, de manera que su aplicación no debía generar dificultades en ese punto.
- (iii) Los cambios institucionales previstos en la Ley 100 se han consolidado a lo largo del tiempo a través de normas con fuerza de ley a las cuales debe sujetarse el operador jurídico para clarificar los conflictos de competencia en torno a derechos pensionales y, concretamente, para aplicar la regla del artículo 10 del Decreto reglamentario 2709 de 1994.

5. Caso concreto

Se trata de definir la autoridad competente para conocer y decidir de fondo la petición de pensión de sobrevivientes presentada por la señora Gloria Lady Pabón de Martínez, en su condición de cónyuge supérstite del señor Segundo César Martínez Paz.

5.1. Las condiciones del causante:

- a) El señor Martínez Paz nació el 24 de julio de 1943.

En consecuencia, el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y quedó como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993²¹⁷.

²¹⁷ Se toma la fecha del 1º de abril de 1994, porque de acuerdo con la documentación conocida por la Sala la última vinculación laboral del señor Martínez Paz había concluido el 30 de abril de 1990.

Las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2005 no cambiaron esa situación en la medida en que, como se verá en el cuadro de sus vinculaciones laborales, su régimen pensional es el de la ley 71 de 1988 y reunió los requisitos de tiempo y edad e en el año 2001.

- b) Las vinculaciones laborales y afiliaciones para efectos pensionales se relacionan en el siguiente cuadro:

ENTIDAD/EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DÍAS	EQUIVALENCIA			FONDO/ADMINISTRADORA DE PENSIONES
				AAA	MM	DD	
SECTOR PÚBLICO							
Municipio de La Unión, Nariño	09/01/1961	30/06/1962	532	1	5	22	No
Municipio de La Unión, Nariño	01/07/1962	31/12/1964	901	2	6	1	No
Municipio de La Unión, Nariño	07/07/1965	07/01/1966	361	1	0	1	No
Municipio de La Unión, Nariño	01/06/1967	31/07/1968	421	1	2	1	No
Municipio de La Unión, Nariño	01/08/1968	31/12/1968	151	0	5	1	No
Municipio de La Unión, Nariño	03/01/1969	31/05/1970	509	1	4	29	No
Municipio de La Unión, Nariño	02/07/1970	15/03/1971	254	0	8	14	No
Municipio de La Unión, Nariño	01/03/1978	30/09/1981	1290	3	7	0	No
La Nación - Banco Cafetero -	16/03/1971	03/05/1973	768	2	1	18	No
Min. Educación	03/10/1973	15/10/1977	1453	4	0	13	CAJANAL
Juzgado 17 de Instrucción Criminal de La Unión, Nariño	01/12/1988	30/04/1990	510	1	5	0	CAJANAL
TIEMPO PARCIAL				7150	19	10	10
SECTOR PRIVADO							
General de Equipos de Colombia	29/03/1979	30/08/1979	92	0	3	2	Colpensiones
Cooperativa Comuna	01/08/2000	31/12/2000	151	0	5	1	Colpensiones
Cooperativa Comuna	01/01/2001	31/01/2001	31	0	1	1	Colpensiones
Cooperativa Comuna	01/02/2001	30/06/2001	150	0	5	0	Colpensiones
TIEMPO PARCIAL				424	1	2	4
TOTAL TIEMPO LABORADO				7574	21	0	14

El requisito del tiempo para efectos pensionales requiere de la suma de los tiempos laborados con los empleadores públicos y privados, por lo cual su régimen pensional es el del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, o pensión de jubilación por aportes.

La edad de 60 años exigida por la norma en cita la cumplió el 24 de julio de 2003; y los 20 años de servicio los completó en el año 2001.

- c) Efectivamente, el cuadro y los documentos recibidos por la Sala, que lo soportan, muestran que durante su vinculación con el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño) y con el Banco Cafetero (hoy liquidado), el señor Martínez Paz no fue afiliado a ninguna entidad de previsión social pública ni le fueron descontados aportes para pensión.

Igualmente muestran que estuvo afiliado a Cajanal durante 5 años, 5 meses, 13 días y al ISS, 1 año, 2 meses, 4 días.

d) Como en la pensión de jubilación por aportes el tiempo trabajado sin afiliaciones a previsión social cuenta para el eventual derecho pensional pero no para determinar la competencia, la Sala declarará competente a Colpensiones para que conozca y resuelva de fondo la petición de la señora Pabón de Martínez en su condición de cónyuge supérstite del señor Martínez Pabón, bajo las siguientes consideraciones fundamentadas en el marco jurídico que se explicó previamente:

(i) El Municipio de La Unión (Departamento de Nariño) es una entidad territorial cuyas funciones están señaladas en el artículo 311 de la Constitución Política y en las Leyes 136 de 1994, 617 de 2000 y 1551 de 2012. Ninguna de estas disposiciones le asigna funciones en materia de administración, reconocimiento o pago de derechos pensionales.

Con antelación a la Ley 100 de 1993 y, en todo caso a partir de la Ley 6ª de 1945, los departamentos y los municipios no tuvieron a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones pues estuvieron obligados a crear entidades de previsión social.

De manera que el Municipio de la Unión (Departamento de Nariño), carece de competencia para decidir sobre reconocimientos de derechos pensionales.

(ii) La competencia de Colpensiones está fundamentada en que el ISS fue la última entidad a la cual estuvo afiliado y cotizó, el señor Martínez Paz.

Así lo acredita la misma Administradora en la certificación de fecha 1º de agosto de 2017, que obra a folio 36 del expediente, y en la cual se lee que el causante *“se encuentra afiliado (a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones desde el días 29/03/1979 y su estado es Retirado por Fallecimiento”*.

Como lo ordena el artículo 2º del Decreto 2011 de 2012, los afiliados al ISS pasaron a Colpensiones con los derechos y obligaciones que tuvieron.

Adicionalmente, su competencia general, de acuerdo con el artículo 3o, numeral 1º, del Decreto 2011 de 2012 es resolver las solicitudes de reconocimiento pensional.

A lo cual se agrega que, en razón de las condiciones laborales acreditadas respecto del causante, no existe en la estructura del sistema de seguridad social vigente, otra entidad que tenga competencia legal para resolver la petición de la cónyuge supérstite.

(iii) Advierte la Sala que el tiempo de aportación a Cajanal no varía la competencia de Colpensiones, por cuanto el derecho pensional reclamado no se causó antes de la liquidación de esa Caja y tampoco el causante era afiliado de la misma cuando se ordenó su supresión y liquidación.

Consideración final

Las vinculaciones laborales con el sector público, sin afiliaciones ni aportes o cotizaciones con destino a derechos pensionales, dan lugar a la expedición del bono pensional contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 115:

“Artículo 115. Bonos pensionales. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan algunos de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, y

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

Parágrafo 1. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.

Parágrafo 2. Adicionado por el art. 23, Ley 797 de 2003”

El señor Martínez Paz se ubica en la hipótesis del literal b) y, por consiguiente, el Municipio de La Unión (Departamento de Nariño), está obligado a reconocer el bono pensional por el tiempo de la vinculación laboral del causante.

Con relación al tiempo laborado con el Banco Cafetero, corresponderá a Colpensiones determinar la viabilidad de la aplicación del Decreto 2951 de 2010²¹⁸ que dejó a cargo de la Nación los bonos pensionales derivados del proceso liquidatorio del Banco Cafetero.

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

218 Decreto 2951 de 2010 (6 de agosto), “Por el cual se introducen modificaciones al Decreto 610 de 2005”. El Decreto 610 ordenó la supresión y liquidación del Banco Cafetero S. A.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que Colpensiones, es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes presentada por la señora Gloria Lady Pabón de Martínez en su condición de cónyuge supérstite del señor Segundo César Martínez Paz.

SEGUNDO: Enviar el expediente de la referencia a Colpensiones.

TERCERO: Reconocer personería al doctor Hans Peter Zarama Muñoz, en los términos y con los efectos conferidos en el poder allegado a las diligencias.

CUARTO: Comunicar la presente decisión al señor Alcalde del Municipio de La Unión (Departamento de Nariño), a la señora Pabón de Martínez, y a su apoderado abogado Hans Peter Zarama Muñoz.

QUINTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr, según el caso, a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González Lopez, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

13. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Ministerio de Defensa Nacional, Grupo de Prestaciones Sociales.

Asunto: Régimen de pensión por aportes de ex servidores de la Fuerza Pública.

Radicado 2017-00170

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

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

I. Antecedentes

1. El señor Humberto Alirio Torres Solano, identificado con cédula de ciudadanía No 19.093.916 de Panqueba, Boyacá, nació el 13 de noviembre de 1948 por lo que actualmente cuenta con 68 años de edad.
2. El señor Humberto Alirio Torres Solano, comenzó su trayectoria laboral desempeñándose como trabajador independiente desde el 18 de octubre de 1976 hasta el 31 de mayo de 1981. Desde el 12 de octubre de 1982 y hasta el 30 de noviembre de 1999, prestó sus servicios al Ejército Nacional.
3. El 25 de febrero de 2011, el señor Humberto Alirio Torres Solano presentó al ISS, hoy Colpensiones, una solicitud de reconocimiento de su pensión de jubilación, por considerar que cumplía con los requisitos para ello.
4. Colpensiones, mediante Resolución 030271 del 26 de agosto de 2011, señaló que dicha entidad no era competente para proceder al estudio de la solicitud presentada, pues los aportes hechos por el señor Torres Solano no eran mayores a los 6 años exigidos por el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994. En forma adicional, resolvió:

“Artículo primero: Desglosar de la carpeta administrativa No. 982000 los folios (1 a 40).

*Artículo segundo: Entregar los documentos originales contentivos de la solicitud de pensión al asegurado **Alirio Humberto Torres Solano** (sic), identificado con la C.C. No 19.093.916, de conformidad con lo expuesto anteriormente.*

Artículo tercero: Notificar el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, haciéndole saber

que contra la presente procede el recurso de reposición y en subsidio apelación dentro de los 5 días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha que surta la notificación”.

5. Mediante escrito del 23 de febrero de 2017, el señor Humberto Alirio Torres Solano solicitó, nuevamente, ante Colpensiones el reconocimiento de su pensión de jubilación la cual fue negada a través de la Resolución 63519 del 12 de mayo de 2017 por no contar con los requisitos legales.
6. En escrito presentado el 17 de mayo de 2017, el señor Humberto Alirio Torres Solano interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución 63519 del 12 de mayo de 2017. Colpensiones, mediante Resolución DIR7026 del 31 de mayo de 2017, declaró la falta de competencia para darle trámite a la solicitud del señor Humberto Alirio Torres Solano en atención a lo dispuesto en el numeral 3 del Decreto 2527 de 2000.

Sostuvo que, “[D]e conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que el asegurado cuenta como (sic) la última entidad de previsión a la que se realizaron los aportes, el Ministerio de Defensa y esta caja ha recibido los aportes durante un tiempo mínimo de seis años continuos o discontinuos, EN ESTE CASO 17 AÑOS, se establece que dicha responsabilidad debe ser asumida por el Ministerio de Defensa y, su solicitud debe ser atendida por dicha entidad por ser de su competencia.”

De esta manera, ordenó remitir el acto administrativo junto con el expediente al Ministerio de Defensa Nacional para darle trámite a la solicitud del señor Humberto Alirio Torres Solano.

7. A través de oficio OFI17-63015 del 2 de agosto de 2017 dirigido al peticionario, el Ministerio de Defensa Nacional rechazó el estudio de su reconocimiento pensional porque, “[E]ste Ministerio de Defensa Nacional **no es una Entidad Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida**, en consecuencia no se puede pretender que esta entidad aplique las normas establecidas en la Ley 100 de 1993, puesto que esta Entidad realiza el reconocimiento y pago de las **pensiones de jubilación a las personas que acreditan ese derecho y tienen como último empleador a este Ministerio, con base en el Régimen Prestacional Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional establecido en el Decreto 1214 de 1990** y demás normas concordantes, **normatividad que no contempla pensión de vejez por la consideración que expongo a continuación: (...)**

Inicialmente le comunico que dentro de la competencia funcional de este grupo se encuentra el reconocimientos pensionales (sic) cuando se cumplen con los supuestos de hecho y de derecho, a esta coordinación no le es dable emitir pronunciamientos sobre situaciones hipotéticas, sino sobre hechos y situaciones fácticas concretas, basados en expedientes prestacionales (sic) que reúnen, consolidan y envían las Direcciones de prestaciones Sociales de las Fuerzas a esta dependencia, con el propósito de aquí (sic) y con fundamento en los soportes documentales que reposan el referido expediente, se expida un Acto Administrativo resolviendo de fondo las distintas situaciones prestacionales a que haya lugar, situación fáctica con la cual ud no cuenta (sic).”

8. El 12 de septiembre de 2017, el señor Humberto Alirio Torres Solano planteó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el conflicto negativo de competencias administrativa suscitado entre Colpensiones y el Ministerio de Defensa Nacional, Grupo de Prestaciones Sociales, para que se determine la entidad competente para el estudio de la solicitud de reconocimiento de su pensión.

II. Actuación procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437. Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al Ministerio de Defensa Nacional y al señor Humberto Alirio Torres Solano.

Al estudiar el expediente se encontró que dentro del trámite administrativo no se vinculó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 3º de la Ley 923 de 1994, esa entidad es responsable del *“reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro y de sus sustituciones”*, y por lo tanto, podría ser afectada con la decisión de la Sala. Por consiguiente y, con el fin de garantizar el derecho fundamental de defensa, mediante auto del 18 de octubre de 2017, el Magistrado Ponente ordenó vincular a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

III. Argumentos de las partes

Según informe secretarial, dentro del término concedido, presentaron alegatos Colpensiones y el Ministerio de Defensa Nacional. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), no expuso sus argumentos pese a que fue vinculada al trámite administrativo.

Argumentos expuestos por Colpensiones

Mediante escrito del 4 de octubre de 2017, el Jefe de la Oficina Asesora de Asuntos Legales (A) de Colpensiones, reiteró la falta de competencia para proceder al estudio de la solicitud del señor Humberto Alirio Torres Solano. La entidad, sustentó su decisión en lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, según el cual será competente la última entidad de previsión a la que se hayan efectuado los aportes, siempre que hubiese sido por más de 6 años. En este sentido, sostuvo que la competencia para estudiar de fondo la petición elevada por el señor Torres Solano recae sobre el Ministerio de Defensa Nacional como quiera que cotizó por más de 16 años a esa entidad.

Argumentos expuestos por el Ministerio de Defensa Nacional

A través de escrito presentado el 5 de octubre de 2017, la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional insistió en la falta de competencia de esa cartera ministerial para resolver de fondo la petición del señor Humberto Alirio Torres Solano como quiera que no cumple con los supuestos establecidos en los artículos 98 y 99 del Decreto 1214 de 1990. En ese sentido, sostuvo que el Ministerio no tiene competencia para aplicar la Ley 100 de 1993, régimen que a su juicio le es aplicable al peticionario. Al respecto, indicó:

“Al perder la cobertura del decreto 1214 de 1990 el señor Humberto Alirio Torres Solano es cobijado por el sistema general de pensiones el cual entró en vigencia el 1º de abril de 1994 con la ley 100 de 1993, como en ese momento había personas que se encontraban próximas a cumplir los requisitos para pensionarse, como el señor Torres Solano la ley quiso proteger sus expectativas legítimas, en tal virtud señaló que dichas personas conservaban el derecho a pensionarse con el régimen anterior, el cual seguramente les resultaba más favorable, siempre y cuando a esa fecha su edad fuera de 40 o más años de edad en el caso de los hombres o tuvieran 15 o más años de servicios cotizados. Pero el legislador limitó el tiempo durante el cual se puede hacer uso de ese derecho y señaló como tal el año 2014”.

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Así pues, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado tiene establecidas dentro de sus funciones la de decidir sobre los conflictos que se presenten entre dos entidades para conocer y definir un determinado asunto de naturaleza administrativa, cuando al menos una de ellas sea de carácter nacional.

Como se evidencia en los antecedentes en el presente asunto: (i) el conflicto de competencias involucra a dos autoridades del orden nacional, Colpensiones y el Ministerio de Defensa Nacional (ii) el asunto discutido es de naturaleza administrativa y (iii) versa sobre un punto particular y concreto, que consiste en determinar la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Humberto Alirio Torres Solano. Se concluye por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*²¹⁹. El artículo 21 *ibidem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitario al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se*

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

suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

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

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

2. Aclaración previa

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

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

3. Problema jurídico

En el presente asunto es necesario determinar cuál es la autoridad competente para dirimir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre Colpensiones y el Ministerio de Defensa Nacional, en torno a la solicitud de reconocimiento de la pensión del señor Humberto Alirio Torres Solano. Colpensiones negó la competencia, pues de acuerdo con la trayectoria laboral del solicitante y, en aplicación del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, la última entidad a la cual se efectuaron aportes por más de 6 años fue al Ministerio de Defensa Nacional.

Por su parte, el Ministerio de Defensa Nacional igualmente negó la competencia para proceder al estudio de la solicitud de reconocimiento de la pensión del señor Humberto Alirio Torres Solano por estimar que no cumple los supuestos legales.

Para resolver el conflicto se considera pertinente reiterar los pronunciamientos sobre: (i) la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988; (ii) la liquidación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones); (iii) las competencias de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL); (iv); y por último, (v) analizar el caso concreto.

4. Análisis del conflicto planteado

a. La pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988

Con la expedición de la Ley 71 de 1988, modificada por el Decreto 2709 de 1994, el legislador introdujo dentro del sistema normativo colombiano, la denominada “*pensión por aportes*” permitiendo que las personas que hubieren tenido vínculos laborales con el sector privado y el público y que por tanto hubiesen efectuado aportes a las entidades de previsión social del sector público y al Instituto de Seguros Sociales, acumularan dichas cotizaciones para completar los veinte (20) años de aportes exigidos por los respectivos regímenes pensionales. De esta manera, el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, modificado por el artículo 1° del Decreto 2709 de 1994, dispuso:

“Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

Al respecto, y en relación con la pensión de jubilación por aportes, esta Sala de Consulta en decisión del 10 de octubre de 2016, sostuvo:

“en síntesis, quien reúne el requisito de tiempo con aportes y cotizaciones a fondos públicos y al ISS, derivados de vínculos laborales con empleadores públicos y privados, respectivamente, tiene derecho a la pensión por aportes y su reconocimiento está a cargo de la última entidad de previsión a la que estuvo afiliado, siempre que el tiempo de vinculación haya sido de seis años como mínimo, continuos o discontinuos. De lo contrario, el reconocimiento y pago corresponden a la entidad o fondo al cual se haya hecho la mayor aportación”.

Ahora bien, el mismo Decreto estableció en su artículo 10 que:

“Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

Parágrafo. *Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.”*

La Sala ha manifestado en diversas oportunidades^[7] que la pensión por aportes se presenta cuando para acceder a la prestación el interesado necesita sumar tiempos

servidos en el sector público y en el sector privado, con base en los cuales se hicieron aportes a entidades de previsión social exclusivas de servidores públicos y al Instituto de Seguros Sociales.

Finalmente, la pensión por aportes debe reclamarse ante la última entidad a la cual se cotizó, siempre y cuando el tiempo cotizado en esta sea superior a seis (6) años. En caso contrario, la reclamación deberá dirigirse a la entidad en la que se cotizó durante más tiempo. Así lo ordenó el Decreto 2709 de 1994, aún vigente, en los siguientes términos:

“Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes”²²⁰.

Como consecuencia de lo anterior, cuando quiera que se esté frente a un caso en que el trabajador haya laborado en el sector público y privado y sea necesario sumar los tiempos cotizados tanto en entidades de previsión social del sector público como en el Instituto de Seguros Sociales para obtener el total de 20 años de servicios, la entidad pagadora será la última entidad a la que se hayan efectuado los aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo haya sido mínimo de 6 años pues, en caso contrario, será responsable de reconocer y pagar la pensión de jubilación la entidad a la que se le haya efectuado el mayor número de aportes.

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

El artículo 8 de la Ley 90 de 1946²²¹ creó el Instituto de Seguros Sociales en los siguientes términos:

“Artículo 8. Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá”.

Por su parte, la Ley 100 de 1993²²² en su artículo 52 estableció la competencia general del ISS para el reconocimiento de las pensiones en el régimen solidario de prima media con prestación definida. Adicionalmente, la Ley 100 adoptó medidas tendientes a extinguir en el tiempo las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público, nacional y territorial, para lo cual previó que, mientras subsistieran, continuarían administrando el régimen en mención *“respecto de sus afiliados”*.

220 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 13 de febrero de 2017. Radicado No 11001-03-06-000-2016-00139-00

221 Ley 90 de 1946 (diciembre 26). *Diario Oficial* No 26.322, del 7 de enero de 1947. “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

222 Ley 100 de 1993 (diciembre 23) “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

Ahora bien, el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 creó la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), como “*Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional*” y ordenó al Gobierno “... *la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere...*”. En virtud de lo anterior, el Gobierno mediante Decreto 2011 de 2012²²³ reglamentó la entrada en vigencia de Colpensiones de la siguiente manera:

“Artículo 1°. Inicio de Operaciones. A partir de la fecha de publicación del presente decreto, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) inicia operaciones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

“Artículo 2°. Continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de los Afiliados y Pensionados en Colpensiones. Los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), mantendrán su condición en la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), así como los derechos y obligaciones que tienen en el mismo régimen, sin que ello implique una selección o traslado de régimen del Sistema General de Pensiones.”

“Artículo 3°. Operaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberá:

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

De todo lo anterior se desprende entonces que, las funciones que otrora le correspondían al Instituto de Seguros Sociales (ISS) , incluidas las de reconocimiento de los derechos pensionales de sus afiliados, fueron reasignadas a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) a partir del 28 de septiembre de 2012.

c. Las competencias de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), nació a la vida jurídica a través de la Ley 75 de 1925²²⁴ en cuyos artículos 1^o²²⁵, 2^o²²⁶ y 8^o²²⁷ dispuso la creación de una caja

223 Decreto 2011 de 2012 (Septiembre 28). “Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y se dictan otras disposiciones”.

224 Ley 75 del 17 de noviembre de 1925, “Sobre sueldo de retiro para Oficiales del Ejército, y por la cual se dictan algunas disposiciones sobre pensiones militares”.

225 Artículo 1° de la Ley 75 de 1925: “Son Oficiales de actividad todos los que hacen servicio en los Cuerpos de tropa, en una Escuela Militar, en un Estado Mayor, los que se encuentren en comisión en el Exterior, los que se ocupan en la inspección general del Ejército, en el Ministerio de Guerra o en la Administración Militar”.

226 Artículo 2° de la Ley 75 de 1925: “Todo Oficial de actividad tiene derecho a sueldo de retiro cuando su separación del Ejército se efectúe por razón de la edad o por invalidez o enfermedad contraída por razón del servicio y declaradas por una Junta de tres médicos graduados que el Ministro de Guerra designe”.

227 Artículo 8° de la Ley 75 de 1925: “Para atender al pago de los fondos de los sueldos de retiro, constitúyese una Caja especial y particular que se formará así: 1. Con las sumas pagadas por los Oficiales. 2. Con una subvención de ochenta mil pesos (\$80.000) anuales que durante diez años dará la Nación a dicha Caja, y que será pagada antes del 31 de diciembre de cada año, incorporándola por el Gobierno en la Ley de Apropiações de la

especial y particular con el fin de constituir un fondo a cargo de la cancelación de un sueldo de retiro a los oficiales del ejército que se separaran del mismo por razón de edad, invalidez o enfermedad.

Con la Ley 100 de 1946 se estableció que “[E]l personal de Oficiales de las Fuerzas Militares que sea retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o a solicitud propia, a los quince (15) años de servicios, tendrá derecho, a partir de la fecha de su retiro definitivo, a que por la Caja respectiva se le pague una asignación mensual de retiro igual al cincuenta por ciento (50%) del sueldo correspondiente a su grado”²²⁸.

Posteriormente, los artículos 98 y 99 del Decreto 1214 de 1990 modificaron el régimen jurídico para acceder a la pensión de jubilación por parte de los miembros de la fuerza pública, al disponer que:

*“Artículo 98. Pensión de jubilación por tiempo continuo. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional **que acredite veinte (20) años de servicio continuo a estas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.***

Parágrafo. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar.” (Subraya de la Sala).

*“Artículo 99. Pensión de jubilación por tiempo discontinuo. **El empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional que sirva veinte (20) años discontinuos al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional o a otras entidades oficiales, y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es varón, o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 102 de este Estatuto” (Negrillas de la Sala).***

Asimismo, la Ley 923 de 2004 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”, determinó en el numeral 10 del artículo 3º que:

“[L]a Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades responsables de las labores de administración de aportes,

vigencia correspondiente. 3. Por cualesquiera otras donaciones o prestaciones que se le hagan, y 4. Por los intereses que devenguen todas estas sumas”.

228 Artículo 1º de la Ley 100 de 1946.

reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes” (Negritas de la Sala).

Por consiguiente, actualmente el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública colombiana está determinado por lo prescrito en el Decreto 1214 de 1990 y en la Ley 923 de 2004. De esta manera, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), es la entidad competente para reconocer la pensión de los miembros de las fuerzas militares si acreditan:

a) Que trabajaron durante un tiempo continuo: 20 años de servicio, incluido el servicio militar obligatorio hasta por 24 meses.

b) Que trabajaron por un tiempo discontinuo: (i) 20 años de servicio y; (ii) 55 años, si es hombre o 50 años, si es mujer.

5. El caso concreto

De conformidad con los documentos allegados al expediente, el señor Humberto Alirio Torres Solano nació 13 de noviembre de 1948 por lo que actualmente cuenta con 68 años de edad.

Durante su vida laboral, trabajó en el sector privado y posteriormente se desempeñó como miembro de la fuerza pública desde el año de 1982 al año 1999, como se muestra en el siguiente cuadro:

Ahora bien, el historial laboral de la peticionaria es el siguiente:

ENTIDAD/ EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DÍAS	EQUIVA- LENCIA	FONDO/ADMINISTRADORA DE PENSIONES		
				AAAA	MM	DD	
SECTOR PÚBLICO							
Ejército Nacional	12/10/1982	30/11/1999	6169	17	1	19	Ministerio de Defensa Nacional
TIEMPO PARCIAL			6169	17	1	19	
SECTOR PRIVADO							
Asociación Nacional para INTERC	18/10/1976	25/01/1978	458	1	3	8	ISS/ Colpensiones
Centro Mantenimiento Automotor	01/02/1978	01/06/1980	841	2	4	1	ISS/ Colpensiones
Centro Man- tenimiento Automotor	30/05/1981	31/05/1981	1	0	0	1	ISS/ Colpensiones
TIEMPO PARCIAL			1.300	3	7	10	
TOTAL TIEMPO LABORADO			7.469	20	8	29	

Según la trayectoria laboral aportada al proceso, la Sala constata que:

a) El señor Humberto Alirio Torres Solano, es beneficiario del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 2º de la Ley 813 de 1994, porque a la fecha de entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones a nivel nacional, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad y además con 15 años de servicio.

Adicionalmente, cumple con los requisitos exigidos en el Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que para la fecha de expedición del mismo, 25 de julio de 2005, tenía más de 750 semanas cotizadas.

b) Para efectos pensionales, al señor Humberto Alirio Torres Solano no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto 1214 de 1990 que consagra la denominada “*pensión de jubilación por tiempo discontinuo*”²²⁹, porque no prestó sus servicios por 20 años continuos o discontinuos al Ministerio de Defensa.

c) Al ser beneficiario del Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, requerir la sumatoria de los tiempos laborados en el sector público y en el sector privado para completar el requisito de tiempo, le es aplicable el régimen establecido en el artículo 7º²³⁰ de la Ley 71 de 1988.

d) Según el artículo 10²³¹ del Decreto 2709 de 1994, la entidad competente para estudiar el reconocimiento pensional será aquella a la cual se hayan efectuado los últimos aportes siempre que sean por 6 años o más. Si el tiempo es inferior, el reconocimiento le corresponderá a la entidad de previsión a la que se hayan efectuado el mayor tiempo de aportes.

e) El peticionario, adquirió su estatus pensional el 13 de noviembre de 2008, fecha en la que cumplió los 60 años de edad pues el tiempo de servicio ya lo había cumplido

f) De conformidad con la documentación que reposa en el expediente, la entidad a la cual el señor Humberto Alirio Torres Solano efectuó el mayor tiempo de aportes para pensión fue al Ministerio de Defensa Nacional a través de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

229 “Artículo 99 del Decreto 1412 de 1990. *Pensión de jubilación por tiempo discontinuo. El empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional que sirva veinte (20) años discontinuos al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional o a otras entidades oficiales, y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es varón, o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 102 de este Estatuto.*”

230 Artículo 7º de la Ley 71 de 1988: “*A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intencional, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*”

231 Artículo 10. Entidad de previsión pagadora. “*La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.*”

En consecuencia, en aplicación del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, la entidad competente para estudiar de fondo la petición elevada por el señor Torres Solano es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Además, según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) está facultada para el reconocimiento y pago de asignaciones de retiro.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Humberto Alirio Torres Solano, identificado con cédula de ciudadanía No 19.093.916 de Panqueba, Boyacá.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), y al señor Humberto Alirio Torres Solano.

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

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González Lopez, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

14. Unidad de Control Interno Disciplinario del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE) y Ministerio de Minas y Energía – Grupo de Control Interno Disciplinario.

Asunto: Competencia disciplinaria sobre servidores públicos en Comisión.

Radicado 2017-00174

Fecha: 27/11/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Resuelve la Sala el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad de Control Interno Disciplinario del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE) y el Ministerio de Minas y Energía – Grupo de Control Interno Disciplinario, con el objeto de determinar la autoridad competente para adelantar la actuación administrativa disciplinaria contra el señor J.L.R.G.²³².

I. Antecedentes

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, el presente conflicto se origina en los siguientes antecedentes:

1. El Presidente de la República recibió una denuncia contra el señor J.L.R.G. por posibles actos de corrupción relacionados con el giro de los recursos por subsidios para las zonas no interconectadas (ZNI), específicamente para el municipio de Magüí Payán, Nariño.
2. Ante esta denuncia el Secretario de Transparencia (e) la trasladó al Ministerio de Minas y Energía.
3. El Ministerio de Minas y Energía – Grupo de Control Interno Disciplinario rechazó su competencia para investigar la denuncia, pues el señor J.L.R.G pertenece a la planta global del IPSE donde ocupa el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 14. En consecuencia, se trasladó la actuación a dicho Instituto.
4. La Unidad de Control Interno Disciplinario del IPSE se declaró también incompetente para avocar el conocimiento de la denuncia contra J.L.R.G y propuso el conflicto de competencias negativo ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

²³² La Sala identificará al investigado con sus iniciales. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 95 de la Ley 734 de 2002 señala que “en el procedimiento ordinario las actuaciones disciplinarias serán reservadas hasta cuando se formule el pliego de cargos o la providencia que ordene el archivo definitivo, sin perjuicio de los derechos de los sujetos procesales”, decisiones que no se han adoptado todavía en el presente caso. Frente a la justificación de la reserva en investigaciones disciplinarias, la Corte Constitucional ha indicado: “De igual forma, el debido proceso se aplica en la fase de instrucción salvaguardando la reserva de la investigación disciplinaria para proteger los derechos al buen nombre, a la intimidad y a la presunción de inocencia que cobijan al investigado, reserva que opera por disposición legal, hasta cuando se formule el pliego de cargos o la providencia que ordene el archivo definitivo de la investigación. A partir de allí el proceso disciplinario se convierte en público, con el fin de permitir a los ciudadanos que intervengan ejerciendo el control del poder político como derecho que consagra el artículo 40 de la Constitución Política”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de julio de 2013, T-499/13.

II. Trámite procesal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto. Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Empresa de Energía del Municipio de Mangüí Payán (Nariño), al Municipio de Mangüí Payán (Nariño), al señor A.M.A., al señor J.L.R.G. y al IPSE.

III. Argumentos de las partes

1. Alegatos presentados por el Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía consideró que no es competente para conocer del procedimiento disciplinario según los siguientes argumentos:

i) Respecto de la autoridad competente para investigar a un funcionario en comisión, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación en concepto del 3 de marzo de 2006 indicó:

“Conforme a lo expuesto y en relación con los servidores que vinculados a una institución prestan servicios en otra, lo cual es factible a través de la figura de la comisión, cabe señalar que esta puede tener varias modalidades, ya que existe la posibilidad de que se otorgue para ejercer funciones propias de las labores que se cumplen dentro de la entidad a la cual se encuentra vinculado el funcionario, pero que deben ser desarrolladas fuera de la sede de trabajo o en otro cargo de la misma institución; así también puede darse para cumplir funciones distintas a las que ordinariamente debe ejecutar el servidor e incluso propias de un ente u organismo distinto al que pertenece originalmente.

Según sea la forma de la comisión se aplicará el control disciplinario interno, pues, en el primer caso la persona no deja de pertenecer a los cuadros administrativos de la entidad que lo comisiona y, por ende, continúa dentro de las jerarquías y bajo la subordinación de las autoridades de la misma, según la estructura y reparto organizacional entre las distintas dependencias, independientemente del lugar donde deba ejercer sus labores; diferente es cuando las funciones corresponden a otra institución, pues en estos casos el servidor durante el tiempo que dure la comisión se separa de una entidad para hacer parte de otra, por lo que puede decirse que ingresa al personal de esta última y, en consecuencia, queda sometido a su estructura y organización.

En este último caso, la persona, aunque en principio está vinculada a una entidad, temporalmente es nombrada y posesionada para ejercer un cargo específico en otro organismo, que tiene asignadas unas funciones concretas, y, es en relación con ellas que debe examinarse su conducta en caso de la existencia de alguna falta, debido a que las irregularidades cometidas en el ejercicio de las mismas corresponde analizarlas dentro del

contexto fáctico y legal en el que se produjeron. En dicho evento, se estima que la facultad disciplinaria respecto de dichas personas, a nivel interno, corresponde ejercerla a la autoridad disciplinaria de la entidad en la cual se encuentran, efectivamente, laborando, ya que nombrados en cualquiera de sus cargos, estas hacen parte de sus cuadros de personal y por ende las investigaciones en su contra, debe conocerlas la oficina competente de la misma, según lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002”.

ii) Los artículos 75 y 76 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, establecen la competencia de las oficinas de control interno en virtud de la “Calidad de Sujeto Disciplinable”, al indicar de manera taxativa que estas oficinas deben conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que adelanten contra los servidores públicos vinculados a la entidad de la que hace parte la respectiva oficina de control.

iii) El denunciado pertenece a la planta global del IPSE, bajo la calidad de profesional especializado, código 2028, Grado 14.

iv) A través de la Resolución 20121300001385 del 3 de abril de 2012 el IPSE confirió al denunciado una comisión de servicios para ser cumplida en el Ministerio de Minas y Energía, para desarrollar funciones asociadas a la transferencia de subsidios. Esta comisión ha sido prorrogada en varias oportunidades.

v) En las resoluciones mediante las cuales el IPSE confirió la prórroga de la comisión de servicios al señor J.L.R.G se estableció que el IPSE asumiría el pago de la asignación básica mensual y demás prestaciones, no asumiéndolos por tanto el Ministerio de Minas y Energía.

vi) No se evidencia que el encartado haya hecho parte de la planta de personal del Ministerio de Minas y Energía, tal como se certifica por la Subdirección de Talento Humano de la entidad. Tampoco tiene este vínculo legal y reglamentario con el Ministerio.

vii) La situación administrativa de comisión de servicios en la cual se encontraba el señor J.L.R.G., no modificó, ni desvirtuó la relación legal y reglamentaria que lo vincula laboralmente con el IPSE, pues en ningún momento el servidor se desvinculó de esta entidad, ni se posesionó, asumió cargos o funciones de empleado público del Ministerio de Minas y Energía.

2. Alegatos presentados por el IPSE

El IPSE considera que no es competente para resolver el presente conflicto de competencias, con fundamento en los siguientes argumentos:

i) El señor J.L.R.G. se encuentra vinculado a la planta global del IPSE y nombrado en provisionalidad en el empleo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 14.

ii) La Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía solicitó en marzo de 2012 la aprobación de una comisión de servicios por el término inicial de un año, para que

el funcionario desempeñara funciones asociadas con la transferencia de subsidios del sector eléctrico a los usuarios ubicados en las Zonas no Interconectadas.

iii) En desarrollo de lo anterior, a través de la Resolución IPSE 20121300001385 del 3 de abril de 2012, el Instituto confirió comisión de servicios al señor J.L.R.G. por el término de un año para desarrollar funciones asociadas a la transferencia de subsidios.

iv) La comisión fue prorrogada en varias oportunidades ante la solicitud del Ministerio de Minas y Energía, quien señalaba que *“debido a que no se ha culminado con la tareas asignadas relacionadas con los subsidios de los usuarios del servicio público de energía eléctrica en las Zonas no interconectadas”*.

La última prórroga se otorgó por dos años, por medio de la Resolución IPSE 20161300006415 del 2 de marzo de 2016.

v) A través del Oficio No. 2017025587, el Ministerio de Minas y Energía solicitó la finalización de la comisión de servicios. Ante esta solicitud, la comisión se dio por terminada a partir del 15 de mayo de 2017, por medio de la Resolución IPSE 20171300001055.

vi) En atención al artículo 5º del Código Disciplinario Único²³³, debe observarse el ejercicio de las funciones como soporte de la falta disciplinar a endilgar. Así, la responsabilidad frente a la potestad sancionadora de la administración no puede derivarse sino del desconocimiento de los deberes funcionales y la extralimitación de funciones y derechos, la incursión en prohibiciones y la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses.

vii) En el caso concreto, la posible falta disciplinaria del funcionario fue desplegada en ejercicio de funciones propias de su cargo, en sede del Ministerio de Minas y Energía, en lo relacionado con la transferencia de los subsidios del sector eléctrico a los usuarios ubicados en las Zonas no Interconectadas²³⁴.

viii) El deber funcional relacionado con el tema de subsidios preexistía al momento de la primera comisión de servicios. Sin embargo, para la época probable de los hechos, la función o deber funcional no existía o no le era exigible al señor J.L.R.G. dentro del IPSE, pero sí en el Ministerio de Minas y Energía.

ix) Asimismo:

“[L]a situación jurídico administrativa contenida en la Resolución 20171300001055 “Por el cual el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE), da por terminada una comisión de servicios conferida a un fun-

233 “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”. Ley 734 de 2002, artículo 5º.

234 “Queda claro entonces, que sobra indicar si se trata o no de la calidad de servidor público, sino que, pese a una situación administrativa de comisión de servicios (prórrogas), para efectos de competencia y caso concreto, la posible falta disciplinaria fue desplegada en ejercicio de funciones propias de su cargo, en sede del Ministerio de Minas y Energía en lo relacionado con la transferencia de los subsidios del sector eléctrico a los usuarios ubicados en las Zonas No Interconectadas, facultad que le fue relegada al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE) desde el año 2012 y que como consecuencia de ello fue necesario modificar el manual de funciones, específicamente sobre tal función - Subsidios”. Folio 8.

cionario en el Ministerio de Minas y Energía” no implica que este Despacho deba tramitar queja del señor (...), cuando los hechos presuntamente constitutivos de falta disciplinaria lo fueron con ocasión del ejercicio de funciones en sede del Ministerio de Minas y Energía, y cunado (sic) las funciones del cargo profesional especializado código 2028 grado 14, para la época probable de los hechos de la presunta falta disciplinaria denunciada, fueron modificadas en manual de funciones, debido a la derogatoria de la Resolución 180991 de junio 23 de 2008, por medio de la cual se delega al instituto de planificación y promoción de soluciones energéticas para las zonas no interconectadas (IPSE), la transferencia de los recursos de subsidios a los entes encargados de la prestación del servicio en las zonas no interconectadas”.

IV. Consideraciones

1. Competencia

a. Competencia de la Sala respecto del caso concreto

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

“Artículo 112. (...) 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo”.

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

“Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado”.

A la luz de estas disposiciones, la Sala es competente para resolver el presente conflicto de competencias, pues se trata de una controversia entre dos autoridades nacionales, el IPSE y el Ministerio de Minas y Energía, frente al ejercicio de una función administrativa en un caso particular, esto es, avocar el conocimiento de la queja presentada contra J.L.R.G., por una presunta infracción disciplinaria.

b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*²³⁵. El artículo 21 *ibídem* (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remititorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

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

2. Aclaración previa

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

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo. Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

3. Problema jurídico

Conoce la Sala el conflicto negativo de competencia administrativa surgido entre la Unidad de Control Interno Disciplinario del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE) y el Ministerio de Minas y Energía – Grupo de Control Interno Disciplinario, a fin de determinar cuál es la autoridad competente para adelantar la actuación administrativa de carácter disciplinario contra el señor J.L.R.G. Para resolver el conflicto, la Sala se referirá a: i) la potestad disciplinaria de la Administración y ii) la comisión de servicios.

3.1. La potestad disciplinaria de la administración

La potestad disciplinaria del Estado sobre los servidores públicos está justificada en la necesidad de garantizar que estos, en el ejercicio de sus funciones, den cumplimiento a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales guían la función administrativa²³⁶. Bajo este contexto, se concibe entonces el control disciplinario como un presupuesto imperioso para no solo garantizar el buen nombre y la eficiencia de la administración pública²³⁷, sino también lograr que la función pública se ejerza en beneficio de la comunidad y se protejan los derechos y libertades de los asociados²³⁸.

En virtud de los artículos 1^o²³⁹ y 2^o²⁴⁰ de la Ley 734 de 2002, el control disciplinario se ejerce en un nivel interno y externo. El primero está a cargo de las oficinas de control

²³⁶ “En el campo del derecho disciplinario esta finalidad se concreta en la posibilidad de regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar que en el ejercicio de sus funciones se preserven los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función administrativa, para lo cual la ley describe una serie de conductas que estima contrarias a esos cometidos, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00112-00(1787). Véase igualmente: “La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”. Artículo 16, Ley 734 de 2002.

²³⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00112-00(1787).

²³⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de marzo de 2011. Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00002-00(2046).

²³⁹ “El Estado es el titular de la potestad disciplinaria”.

²⁴⁰ “Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado,

disciplinario interno de las entidades del Estado, en tanto que el segundo está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la cláusula general de competencia y el poder preferente que ostenta. Son estas las entidades que por regla general tienen competencia en materia disciplinaria, entendida esta como la atribución legítima que tiene determinada autoridad para conocer y decidir sobre un asunto de naturaleza disciplinaria.

La oficina o unidad de control disciplinario interno está reconocida en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002²⁴¹. De acuerdo con esta norma, las entidades u organismos del Estado deben contar con una oficina o unidad que tenga a su cargo la función de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos de la entidad de la cual hace parte. Igualmente, se impone como requisito que la oficina o unidad sea del más alto nivel, y por tanto, debe estar conformada por servidores públicos que pertenezcan, como mínimo, al nivel profesional de la administración. Sobre el control disciplinario interno, la jurisprudencia constitucional ha indicado:

*“En principio, el control disciplinario interno es una consecuencia de la situación de sujeción y de subordinación jerárquica en la que se encuentran los servidores públicos, con el objeto de mantener el orden en las diferentes entidades del Estado y para garantizar que las mismas respondan a las finalidades del Estado previstas en la Constitución”*²⁴².

Sin embargo, a pesar de la claridad con la que el legislador y la jurisprudencia han determinado el concepto y el alcance del control disciplinario interno, en algunos eventos no es claro cuál es la dependencia o el servidor público que desarrolla dicha función dentro de las entidades o, inclusive, en qué casos estas se relevan del ejercicio de dicha función. La respuesta se encuentra en el artículo 76 de la Ley 734, que señala:

*“Artículo 76. Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, **deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel**, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de **conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores**. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.*

conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias”.

241 “Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias. En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia. (...)

Parágrafo 2°. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración”.

242 Corte Constitucional, Sentencia del 11 de noviembre de 2003, C-1061/03.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. *En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.*

PAR. 1º La oficina de control interno disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

PAR. 2º Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

PAR. 3º Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquel". (Negrillas de la Sala).

3.2. La comisión de servicios

La comisión constituye una de las situaciones administrativas dentro de las cuales puede encontrarse un empleado a la administración²⁴³. Esta ha sido definida por el ordenamiento jurídico de la siguiente manera:

“El empleado se encuentra en comisión cuando cumple misiones, adelanta estudios, atiende determinadas actividades especiales en sede diferente a la habitual o desempeña otro empleo, previa autorización del jefe del organismo. La comisión puede otorgarse al interior del país o al exterior”²⁴⁴.

La ley colombiana determina las situaciones que dan lugar al otorgamiento de una comisión. Así, el artículo 2.2.5.5.22 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 establece que la comisión puede requerirse para la prestación de un servicio, la realización de estudios, el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción y la atención de invitaciones de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o instituciones privadas²⁴⁵. En el caso particular de la comisión de servicios, la ley establece que esta:

²⁴³ *“Situaciones administrativas.* El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas: 1. En servicio activo. 2. En licencia. 3. En permiso. 4. En comisión. 5. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo. 6. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones. 7. En periodo de prueba en empleos de carrera. 8. En vacaciones. 9. Descanso compensado”. Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, artículo 2.2.5.5.1.

²⁴⁴ Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, artículo 2.2.5.5.21. Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha señalado: “Por el contrario, la comisión es aquella situación en que el empleado, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a los de su sede habitual de trabajo, o cuando atiende transitoriamente actividades oficiales distintas de las del cargo que desempeña como titular”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de febrero de 1996. Radicación número: 780.

²⁴⁵ *“Clases de comisión.* Las comisiones pueden ser: 1. De servicios. 2. Para adelantar estudios. 3. Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo, cuando el nombramiento recaiga en un empleado con derechos de carrera administrativa. 4. Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros o de organismos internacionales”.

“[S]e puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento”²⁴⁶.

El Departamento Administrativo de la Función Pública ha definido la comisión de servicios en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo anterior, la comisión de servicios es la situación administrativa en virtud de la cual se ejercen temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionan con el ramo en que presta sus servicios el empleado, y no constituye forma de provisión de empleos”²⁴⁷.

Como características de la comisión de servicios pueden señalarse, entre otras, las siguientes:

i) No es una forma de provisión de empleo. Así, se ha indicado:

“Lo anterior, además por que (sic) el mismo artículo 79 del Decreto 1950 de 1973 de manera expresa señala que la comisión de servicios no constituye una forma de provisión de un empleo público toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto por el legislador la única forma de proveer un empleo es a través del nombramiento en sus distintas clases, esto es, ordinario, en período de prueba o en ascenso, y, excepcionalmente en forma provisional”²⁴⁸.

ii) No produce la vacancia temporal del empleo²⁴⁹. En consecuencia, no implica ni separación ni retiro del cargo²⁵⁰.

iii) Es de carácter temporal²⁵¹.

246 Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, artículo 2.2.5.5.25. “Lo anterior significa, que la situación administrativa denominada COMISION, es el género y la de servicios o para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción, son especies, siendo diferentes cada una de ellas”. Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto del 22 de noviembre de 2012. Radicación No. 10-23-2012-51134.

247 Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 9 de junio de 2016. Radicación No. 20166000124061.

248 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04318-01(1119-11).

249 Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 19 de noviembre de 2015. Radicación No. 20156000193061

250 Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 13 de diciembre de 2015. Radicación No. 20156000206621. “Atendiendo puntualmente su consulta, en el evento de que a un empleado se le confieran una comisión de servicios a una entidad del nivel municipal al nivel departamental, este no rompe el vínculo laboral en relación con el empleo del cual es titular, toda vez que, como se indicó anteriormente, la comisión de servicios no genera vacancia del empleo”. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Radicación No. 20166000196491.

251 “Duración de la comisión de servicios. Las comisiones al exterior, se conferirán por el término estrictamente necesario para el cumplimiento de su objeto, más uno de ida y otro de regreso, salvo en los casos en que quien autoriza la comisión, considere que estos no son suficientes para el desplazamiento al sitio donde deba cumplirse y su regreso al país, en cuyo caso podrá autorizar el término mínimo que considere necesario. La comisión de servicios al interior se otorgará hasta por el término de treinta (30) días hábiles, prorrogable por razones del servicio y por una sola vez hasta por treinta (30) días hábiles más. No estará sujeta al término antes señalado la comisión de servicio que se otorgue para cumplir funciones de inspección o vigilancia y las que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, a juicio del nominador. Queda prohibi-

- iv) Puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte.
- v) El comisionado tiene derecho a la remuneración del cargo del cual es titular²⁵².
- vi) Constituye un deber para todo empleado²⁵³.
- vii) Requiere de la expedición de un acto administrativo, de forma previa al desplazamiento del empleado²⁵⁴.
- ix) No modifica la naturaleza jurídica de la relación que tiene el servidor que se encuentra en comisión con la entidad a la que se encuentra vinculado²⁵⁵.

7. Caso concreto

Tal como se indicó, el presente conflicto de competencias tiene como objeto determinar la autoridad que debe adelantar la actuación administrativa disciplinaria contra el señor J.L.R.G. A juicio de la Sala, esta competencia corresponde al IPSE por las siguientes razones:

- i) El Código Disciplinario Único establece en varias de sus disposiciones que las entidades son competentes para adelantar procesos disciplinarios contra sus servidores o miembros. Así, el artículo 75, que establece la competencia por el sujeto disciplinable, señala:

*“Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, **disciplinar a sus servidores o miembros**” (negritas fuera de texto).*

Igualmente, el artículo 76 determina:

da toda comisión de servicio de carácter permanente”. Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, artículo 2.2.5.5.26. Véase igualmente Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 8 de junio de 2016. Radicación No. 20166000123421.

252 “El empleado en comisión de servicios en una sede diferente a la habitual tendrá derecho al reconocimiento de la remuneración mensual que corresponde al cargo que desempeña y al pago de viáticos y, además, a gastos de transporte, cuando estos últimos se causen fuera del perímetro urbano. El valor de los viáticos se establecerá de conformidad con los lineamientos y topes señalados en el decreto anual expedido por el Gobierno nacional. Cuando la totalidad de los gastos que genere la comisión de servicios sean asumidos por otro organismo o entidad no habrá lugar al pago de viáticos y gastos de transporte. Tampoco habrá lugar a su pago cuando la comisión de servicios se confiera dentro de la misma ciudad. Si los gastos que genera la comisión son asumidos de forma parcial por otro organismo o entidad, únicamente se reconocerá la diferencia”. Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, artículo 2.2.5.5.27. Véase igualmente Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 19 de noviembre de 2015. Radicación No. 20156000193061.

253 Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, artículo 2.2.5.5.25.

254 “Conforme a las normas que regulan las comisiones de servicios, antes del desplazamiento del empleado, es necesario que se haya proferido un acto administrativo en el que establezcan las condiciones de la comisión, el valor de los viáticos y del transporte. Una vez se ha regresado de la comisión, el empleado tiene la obligación de rendir informe de cumplimiento respectivo”. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 3 de agosto de 2015. Radicación No. 20156000130911. “Contenido del acto administrativo que confiere la comisión. El acto administrativo que confiere la comisión señalará: 1. El objetivo de la misma. 2. Si procede el reconocimiento de viáticos, cuando haya lugar al pago de los mismos. 3. La duración. 4. El organismo o entidad que sufragará los viáticos o gastos de transporte, cuando a ello haya lugar. 5. Número del certificado de disponibilidad presupuestal o fuente del gasto. Este último requisito no se exigirá cuando la comisión no demande erogaciones del Tesoro”. Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, artículo 2.2.5.5.24.

255 “Por lo tanto, en la comisión de servicios el empleado ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugar diferente a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular, sin que esta situación constituya una forma de provisión de empleos. Por otra parte el otorgamiento de una comisión de servicios para otra entidad no muta la naturaleza de su relación con la entidad en la cual el servidor es titular de su empleo”. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 3 de agosto de 2015. Radicación No. 20156000130911.

*“Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia **los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores.** (...)” (negritas fuera de texto).*

ii) De acuerdo con lo que obra en el expediente, el señor J.L.R.G. se encuentra vinculado al IPSE, en su calidad de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 14 de su Planta Global.

iii) Durante la vigencia de la comisión de servicios, el investigado mantuvo su vinculación con el IPSE, teniendo en cuenta que:

a) La comisión de servicios no genera la separación ni el retiro del cargo.

b) La Subdirectora de Talento Humano del Ministerio de Minas y Energía certificó que el señor J.L.R.G. “no ha tenido ningún tipo de vinculación laboral con este Ministerio”.

c) Lo anterior da crédito a lo manifestado por el Ministerio al señalar que el sujeto en cuestión *“en ningún momento se desvinculó del IPSE, como tampoco se posesionó, asumió cargos y funciones de empleado público del Ministerio de Minas y Energía”.*

d) En las resoluciones que autorizaron y prorrogaron la comisión de servicios del investigado se estableció expresamente que el IPSE asumiría el pago de la asignación básica mensual y demás factores prestacionales.

iii) De acuerdo con lo que obra en el expediente, las actividades desplegadas por el señor J.L.R.G. en el Ministerio de Minas y Energía corresponden al desarrollo de las funciones de su cargo en el IPSE.

Así, en los considerandos de la Resolución 20121300001385 del 3 de abril de 2012, se indicó:

*“Que la doctora Claudia Isabel González Sánchez, Secretaria General de Minas y Energía ha solicitado mediante oficio 2012017283 del 28 de marzo de 2012, radicado IPSE **20121330013662** del 28 de marzo de 2012, que “En consideración a las funciones que le asisten al Ministerio de Minas y Energía en lo relacionado con la **transferencia de los subsidios del sector eléctrico a los usuarios ubicados en las Zonas No Interconectadas**, y dadas las obligaciones establecidas en el Convenio Interadministrativo No. 37 de 2008 (044 de 2008-IPSE), definido bajo el principio de coordinación y colaboración dispuesto en la Ley 489 de 1998, se solicita la aprobación de una comisión de servicios por el término inicial de (1) año, **de un funcionario de su institución para que desempeñe las funciones asociadas a dicha transferencia de subsidios...**Lo anterior con el propósito de garantizar una mayor celeridad en el desempeño de los mencionados procesos, lo cual redundará en beneficio de las comunidades de estas zonas aisladas del país.”*

*Que analizada la solicitud formulada por el Ministerio de Minas y Energía, el Director General del IPSE encuentra viable enviar en comisión de servicios al citado Ministerio, al funcionario (...), Profesional Especializado Código 2028 Grado 14, **quién actualmente se encuentra desarrollando funciones asociadas a la transferencia de subsidios en el IPSE, hasta por el término de un (1) año***” (negritas fuera del texto).

Como puede observarse, el señor J.L.R.G. fue seleccionado para la comisión de servicios pues se encontraba adelantando funciones asociadas con la transferencia de subsidios en el Instituto, aspecto que justamente motivaba la solicitud de comisión realizada por el Ministerio.

El manual de funciones del IPSE, en las versiones vigentes de la época de la comisión de servicios, establecía que el cargo del funcionario investigado conllevaba el desarrollo de funciones relacionadas con la transferencia de subsidios a las Zonas no Interconectadas. Así, de acuerdo con lo manifestado por el IPSE, originalmente el manual de funciones del organismo establecía como funciones esenciales para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 14 las siguientes:

“1. Realizar el análisis y procesamiento de información para la distribución y cálculo de los subsidios por menores tarifas para las ZNI.

2. Participar activamente en las tareas programas por el Sistema de Gestión de Calidad, para el mejoramiento continuo del IPSE”²⁵⁶.

Posteriormente, a través de la Resolución IPSE 20151300007615 del 16 de marzo de 2015, dichas funciones esenciales fueron modificadas de la siguiente manera:

“1. Adelantar las gestiones que le sean asignadas por el Jefe Inmediato a nivel administrativo, financiero y contable.

2. Proyectar respuestas asociadas con lo relacionado a la distribución y cálculo de los subsidios por menores tarifas para las Zonas no Interconectadas (ZNI).

3. Participar en el análisis de la distribución de los subsidios asociados a la prestación del servicio de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia.

4. Interactuar con el Ministerios (sic) de Minas y Energía y demás entidades competentes, así como con las partes interesadas en lo referente con los subsidios.

5. Las demás que le asean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño y la naturaleza del empleo”²⁵⁷.

Igualmente, no puede perderse de vista lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación al interpretar las normas sobre la comisión de servicios, en el sentido de que

²⁵⁶ Citado en Auto por el cual se promueve un conflicto de competencia negativo. Expediente No. 034 – 2017. IPSE. Folio 6.

²⁵⁷ Citado en Auto por el cual se promueve un conflicto de competencia negativo. Expediente No. 034 – 2017. IPSE. Folio 7.

esta implica el ejercicio de funciones del cargo del cual se es titular, por fuera de la sede de la entidad. Si por el contrario, se ejercen funciones distintas a las propias del cargo, se trataría de otra modalidad de comisión diferente a la de servicios:

“En ese orden, también es válido afirmar que la situación administrativa denominada comisión: a) en el evento general que implica el ejercicio de las labores del cargo en un lugar distinto al de la sede de la entidad corresponde a la comisión de servicios en cualquiera de las tres (3) subclases antes mencionadas, mientras que b) el evento general donde el empleado va a atender o ejercer labores oficiales distintas de las del cargo corresponde a las i) las comisiones de estudio, ii) para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, y iii) para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.

*Así las cosas, debe concluir la Sala atendiendo a la redacción de las normas antes mencionadas así como al objeto que consagra cada forma de comisión de las antes vistas, **que en la situación administrativa de comisión de servicios el empleado sigue ejerciendo las funciones de su cargo aunque en un lugar distinto a la sede de la entidad** y no podría por ejemplo llegarse a esa misma conclusión para el caso de las comisiones para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remisión, para estudios o atender invitaciones, pues en esos eventos el objeto de la comisión por su naturaleza resulta incompatible o interfiere con el ejercicio de las funciones del empleo”²⁵⁸ (negritas fuera de texto).*

v) La Procuraduría General de la Nación ha establecido frente a la entidad competente para investigar a los servidores públicos en comisión, el siguiente criterio:

*“Conforme a lo expuesto y en relación con los servidores que vinculados a una institución prestan servicios en otra, lo cual es factible a través de la figura de la comisión, cabe señalar que esta puede tener varias modalidades, ya que **existe la posibilidad de que se otorgue para ejercer funciones propias de las labores que se cumplen dentro de la entidad a la cual se encuentra vinculado el funcionario, pero que deben ser desarrolladas fuera de la sede de trabajo** o en otro cargo de la misma institución; así también puede darse para cumplir funciones distintas a las que ordinariamente debe ejecutar el servidor e incluso propias de un ente u organismo distinto al que pertenece originalmente.*

Según sea la forma de la comisión se aplicará el control disciplinario interno, pues, en el primer caso la persona no deja de pertenecer a los cuadros administrativos de la entidad que lo comisiona y, por ende, continúa dentro de las jerarquías y bajo la subordinación de las autoridades de la misma, según la estructura y reparto organizacional entre las distintas dependencias, independientemente del lugar donde deba ejercer sus labores; diferente es cuando las funciones corresponden a otra institución, pues en estos casos el servidor durante el tiempo que dure la comisión se separa de una entidad para hacer parte de otra, por lo que puede decirse que ingresa al personal de esta última y, en consecuencia, queda sometido a su estructura y organización.

258 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 10 de diciembre de 2015. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00109-01(1412-14).

En este último caso, la persona, aunque en principio está vinculada a una entidad, temporalmente es nombrada y posesionada para ejercer un cargo específico en otro organismo, que tiene asignadas unas funciones concretas, y, es en relación con ellas que debe examinarse su conducta en caso de la existencia de alguna falta, debido a que las irregularidades cometidas en el ejercicio de las mismas corresponde analizarlas dentro del contexto fáctico y legal en el que se produjeron. En dicho evento, se estima que la facultad disciplinaria respecto de dichas personas, a nivel interno, corresponde ejercerla a la autoridad disciplinaria de la entidad en la cual se encuentran, efectivamente, laborando, ya que nombrados en cualquiera de sus cargos, estas hacen parte de sus cuadros de personal y por ende las investigaciones en su contra, debe conocerlas la oficina competente de la misma, según lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002”²⁵⁹.

En suma, a la luz de las consideraciones anteriores es dable concluir que la autoridad competente para adelantar la actuación administrativa disciplinaria contra el señor el señor J.L.R.G. es el IPSE.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Unidad de Control Interno Disciplinario del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE), de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Remitir a la Unidad de Control Interno Disciplinario del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE), para lo de su competencia.

TERCERO: Comunicar esta decisión a la Unidad de Control Interno Disciplinario del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE), al Ministerio de Minas y Energía, a la Empresa de Energía del Municipio de Mangüí Payán (Nariño), al Municipio de Mangüí Payán (Nariño), al señor Arturo Miguel Arboleda y al señor J.L.R.G.

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

SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA: Édgar González Lopez, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

²⁵⁹ Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación. Concepto C-120 de 2006 del 21 de abril de 2006.



Tercera Parte

**Conceptos de la Sala
de Consulta y Servicio Civil
publicados en el año 2017**

I. ESTRUCTURA,
ORGANIZACIÓN Y
FUNCIONAMIENTO
DEL ESTADO

1. Reserva de las actas de las sesiones de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores. No es aplicable cuando se solicitan por el Procurador General de la Nación para el ejercicio de sus competencias legales y constitucionales

Radicado 2137

Fecha: 23/01/2013

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 30 de enero de 2017

El Ministerio de Relaciones Exteriores consulta a esta Sala sobre la posibilidad de acceder a la solicitud hecha por el Procurador General de la Nación para que le sean entregadas las actas de las sesiones de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, en particular las relacionadas con el proceso que instauró Nicaragua contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia por las Islas de San Andrés y Providencia.

I. Antecedentes

1. El pasado 1° de diciembre de 2012, el Procurador General de la Nación solicitó algunos documentos relacionadas con el proceso que promovió Nicaragua contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia por las Islas de San Andrés y Providencia, entre ellos, “3. La totalidad de las actas de las sesiones de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores celebradas entre febrero de 1980 y noviembre de 2012”.

Como fundamento de dicho requerimiento, el señor Procurador General de la Nación invoca sus funciones de vigilancia de las normas constitucionales y legales y de defensa de los intereses de las sociedad y del patrimonio público de la nación (artículo 277 de la Constitución Política); igualmente se apoya en su función preventiva y de protección de los bienes y recursos de la nación, en particular de las islas, islotes, cayos y morros, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva y el patrimonio cultural, arqueológico e histórico de la nación (artículo 24 del Decreto Ley 262 de 2000).

Todo lo anterior, señala el oficio del organismo de control, con el fin de adoptar las medidas necesarias para la defensa de los bienes de la nación, sin perjuicio de las posibles responsabilidades de los funcionarios encargados de su custodia y administración.

2. La entidad consultante señala que en el año 2004, ante una solicitud similar frente al mismo asunto, se permitió la inspección de las actas de la Comisión por parte del mencionado organismo de control, recordando en todo caso el carácter reservado de la respectiva información.

3. El Ministerio de Relaciones Exteriores manifiesta igualmente que desea colaborar de manera eficiente, transparente y completa con el Procurador General de la Nación, para lo cual solicita que le sean absueltas las siguientes **PREGUNTAS**:

“1.- A la luz de lo establecido en los artículos 277 y 284 de la Constitución Política; el artículo 20 de la Ley 57 de 1985; el artículo 4 de la Ley 68 de 1993; el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011; y la autorización previa de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y del Presidente de la República de julio de 2004 en el sentido de permitir que el Procurador General de la Nación revise las actas de las sesiones de la Comisión, en las cuales se trató el tema del litigio entre Colombia y Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia, ¿el Ministerio de Relaciones Exteriores puede entregar copia de dichas Actas al señor Procurador General de la Nación atendiendo su solicitud del 11 de diciembre de 2012?

2.- En caso de acceder al requerimiento de la Procuraduría General, se somete a dictamen de esta Honorable Corporación si se debe enviar copia completa e íntegra de las actas solicitadas o únicamente aquellos apartes objeto de la consulta (litigio entre Colombia y Nicaragua)?; ¿bajo qué condiciones legales se entregan dichas actas? Y; ¿podrá el señor Procurador General hacer público el contenido de dichas actas?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Normatividad aplicable al carácter reservado de determinadas informaciones. Inoponibilidad cuando es solicitada por otras autoridades para el ejercicio de sus funciones

El principio general sobre el acceso a los documentos públicos está establecido en el artículo 274 de la **Constitución Política**, que señala:

“Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley (...)”

De modo que, como lo señala la norma constitucional, frente a los documentos públicos la regla general es la libertad de acceso y consulta, salvo que una disposición con fuerza material de ley haya establecido de manera expresa su carácter reservado. Como ha indicado la jurisprudencia, la regla general de publicidad establecida en el artículo 74 de la Constitución, tiene relación directa con el carácter democrático del Estado Colombiano, que protege el derecho de todas las personas a recibir información y a participar en el control y fiscalización del poder público¹.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), reitera la regla constitucional de publicidad al señalar que, salvo reserva legal, toda persona tiene derecho a obtener información que repose en los registros y archivos públicos (artículos 3.8 y 5.3) y que *“solo tendrán carácter reservado*

¹ En sentencia C-872 de 2003, se señaló que “en una sociedad democrática, la regla general consiste en permitir el acceso ciudadano a todos los documentos públicos. De allí que constituya un deber constitucional de las autoridades públicas entregarle, a quien lo solicite, informaciones claras, completas, oportunas, ciertas y actualizadas sobre cualquier actividad del Estado”. Posteriormente en Sentencia C-1011 de 2008 se indicó: “De este modo, la previsión de excepciones a la publicidad de la actuación estatal debe dejar incólumes las garantías destinadas a preservar el derecho de toda persona a acceder a la información, por lo que solo serán oponibles aquellos modos de reserva o confidencialidad que (i) tengan carácter excepcional y respondan a un criterio de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) estén expresamente previstas por el legislador; y (iii) respondan a fines constitucionalmente legítimos, en especial la protección del derecho a la intimidad del sujeto concernido, cuando se trate de información personal de carácter privado (...)”.

las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley (...)².

Ahora bien, debe tenerse en cuenta sin embargo que el artículo 27 del mismo Código establece, como ya lo hacía la Ley 57 de 1985, que la reserva de un determinado documento o información, no es oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones:

*“Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, **no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.** Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”³.*

Sobre este aspecto es necesario resaltar que la inoponibilidad de la reserva entre autoridades exige que la información sea necesaria para el cumplimiento de las funciones propias de la autoridad que requiere la información. Dicho de otro modo, una autoridad no podrá exigir de otra información reservada, si ella no guarda relación con las competencias constitucionales y legales que le han sido asignadas.

En todo caso, como se señala expresamente en esta misma disposición, la autoridad que requiere de otra información sometida a reserva, está obligada a mantenerla; por tanto, en las actuaciones administrativas que adelante deberá abrir cuadernos separados con la información que no es de acceso público, así se desprende del artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que señala:

*“Artículo 36. Formación y examen de expedientes. (...) **Con los documentos que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan el carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado.***

Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, salvo los documentos o cuadernos sujetos a reserva y a obtener copias y certificaciones sobre los mismos, las cuales se entregarán en los plazos señalados en el artículo 14”.

De manera que la entrega de información reservada a otra entidad estatal no la hace pública, en la medida que la autoridad que la solicita debe mantener dicha confidencialidad en sus propios trámites y actuaciones administrativas.

2 Concordante con la Ley 594 de 2000, por medio de la cual se dicta la Ley de archivos públicos, que establece: “Artículo 27. Acceso y consulta de los documentos. Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley. Las autoridades responsables de los archivos públicos y privados garantizarán el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes”.

3 Con anterioridad, el artículo 20 de la Ley 57 de 1985 disponía lo siguiente: “Artículo 20. El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo”.

2. Normatividad aplicable a la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y sus actos. Carácter reservado por disposición legal.

El artículo 225 de la Constitución Política prevé la existencia de una Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, como cuerpo consultivo del Presidente de la República, de la siguiente manera:

“Artículo 225. La Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, cuya composición será determinada por la ley, es cuerpo consultivo del Presidente de la República”.

Esta disposición constitucional es desarrollada por la Ley 68 de 1994⁴ que establece, entre otros aspectos, la composición de dicha comisión⁵, sus funciones⁶ y su carácter consultivo. En relación con este último aspecto, señala:

“Artículo 4º. Carácter consultivo. Los conceptos de la Comisión no tienen carácter obligatorio, serán reservados salvo cuando ella misma, de acuerdo con el Presidente de la República, ordene su publicidad”.

“Artículo 5º. Reuniones. La Comisión tendrá dos tipos de reuniones: Ordinarias, como cuerpo consultivo, las que serán convocadas por el Presidente de la República, y las informativas, las convocadas por el Ministro de Relaciones Exteriores. Estas últimas se realizarán por lo menos una vez cada dos meses, siempre y cuando no haya tenido lugar una reunión ordinaria en el mismo período”.

Como se observa, el legislador le dio carácter reservado a los conceptos de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, sin perjuicio de que esta y el Presidente de la República puedan acordar su publicidad. Este aspecto es desarrollado por el Decreto 1717 de 1994⁷, al indicar lo siguiente:

“Artículo 5º. De las actas. De todas las reuniones de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, sean ordinarias o informativas, se levantarán actas que darán cuenta, en forma resumida, de los diversos asuntos tratados”.

4 Por la cual se reorganiza la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y se reglamenta el artículo 225 de la Constitución Política de Colombia.

5 “Artículo 1º. La Comisión Asesora de Relaciones Exteriores estará integrada por:

1. Los Expresidentes de la República elegidos por voto popular.

2. (Modificado por el artículo 1 de la Ley 955 de 2005. “Doce miembros elegidos de los integrantes de las Comisiones Segundas Constitucionales así: Tres (3) por el Senado pleno con sus respectivos suplentes y tres (3) por el pleno de la Cámara de Representantes con sus respectivos suplentes.

3. Dos miembros designados por el Presidente de la República (...).”

6 “Artículo 3º. Funciones. La Comisión Asesora de Relaciones Exteriores es cuerpo consultivo del Presidente de la República. En tal carácter, estudiará los asuntos que este someta a su consideración, entre otros, los siguientes temas:

1. Política Internacional de Colombia.

2. Negociaciones diplomáticas y celebración de tratados públicos.

3. Seguridad exterior de la República.

4. Límites terrestres y marítimos, espacio aéreo, mar territorial y zona contigua y plataforma continental.

5. Reglamentación de la Carrera Diplomática y Consular.

6. Proyectos de Ley sobre materias propias del ramo de Relaciones Exteriores.

Parágrafo. Cuando haya negociaciones internacionales en curso y el Gobierno lo considere pertinente, este procederá a informar a la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores sobre el particular”.

7 “Por medio del cual se reglamenta el funcionamiento de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores”.

“Artículo 6. De la confidencialidad. Las actas de la Comisión, así como todos los temas que se consideren en su seno, tendrán carácter estrictamente reservado, salvo que la misma comisión, en acuerdo con el Presidente de la República, decida expresamente hacer de conocimiento público determinados aspectos de sus deliberaciones”.

En consecuencia, frente a las actas de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores opera una regla general de reserva, pero con la posibilidad de ordenarse la publicidad de determinados aspectos de las deliberaciones en ellas contenidas.

3. Normatividad aplicable a la Procuraduría General de la Nación - Inoponibilidad de la reserva

La Constitución Política señala que el Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público (art. 275) y que tendrá, entre otras, las funciones de: (i) vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; (ii) defender los intereses de la sociedad; (iii) ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley; y (iv) **exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria** (artículo 277). Además establece que para el cumplimiento de sus funciones *“la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias”* (art. 277 ibídem).

Particularmente, en relación con el acceso a la información necesaria para el ejercicio de sus competencias, la propia Constitución señala que salvo que ella misma o la ley dispongan otra cosa, a la Procuraduría General de la Nación para el ejercicio de sus funciones no lo será oponible ningún tipo de reserva:

*“Artículo 284. Salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo **podrán requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles reserva alguna**”.*

Respecto de este punto es importante recordar lo señalado por la Corte Constitucional, en cuanto a que *“la reserva puede ser oponible a los ciudadanos pero no puede convertirse en una barrera para impedir el control intra o interorgánico, jurídico y político, de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada”*⁸.

Lo anterior es concordante con lo ya señalado a partir del artículo 27 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre la inoponibilidad de la reserva cuando la información o el documento es solicitado por otras autoridades administrativas *para el debido ejercicio de sus funciones*⁹.

Finalmente cabe recordar que, como lo indica el señor Procurador General de la Nación en su requerimiento, el artículo 24 del Decreto Extraordinario 262 de 2000⁹, le asigna a ese organismo de control la función de *“ejercer vigilancia sobre los bienes y recursos de la nación, especialmente sobre las islas, islotes, cayos y morros, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva y el patrimonio arqueológico, histórico y cultural, y procurar la adopción inmediata de las medidas que resulten necesarias para su protección por parte de los funcionarios encargados de su custodia y administración”*.

4. El análisis del asunto planteado

Las normas citadas con anterioridad dan una respuesta clara y concreta al asunto planteado en la consulta.

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 69 de 1993 los conceptos de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y, por ende, sus discusiones y las actas donde ellas constan, tienen carácter reservado; de este modo, conforme a los artículos 74 de la Constitución Política y 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no son documentos de libre acceso a cualquier persona. Se cumple en ese sentido la exigencia constitucional de que la reserva de la información esté prevista en una norma con fuerza material de ley.

No obstante, el mismo artículo 4° de la Ley 69 de 1993 permite que la propia Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y el Presidente de la República acuerden levantar la reserva y darle publicidad a la respectiva información. Se trata de una facultad discrecional que como toda decisión de ese tipo debe ser adecuada a los fines de la norma que la consagra y proporcional a los hechos que le sirven de causa, como lo dispone el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido, si bien en el caso analizado el levantamiento de la reserva es discrecional, dicha decisión no deberá poner en riesgo los bienes que ella pretende tutelar y que según las funciones de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores estarían relacionadas con la seguridad exterior, la buena marcha de las relaciones exteriores del país y la situación de los límites marítimos y terrestres de la nación, entre otros. Si tales bienes jurídicos no se desprotegen con el levantamiento de la reserva, no habría ningún impedimento para acordar su publicidad. Tal decisión y el análisis concreto de las condiciones para levantar la reserva, corresponderá, como se ha dicho, a la propia Comisión Asesora de Relaciones Exteriores de consuno con el Presidente de la República.

Ahora bien, sin perjuicio de esta posibilidad de levantar la reserva para el público en general, de las normas citadas también queda claro que salvo que la propia Constitución o una ley dispongan expresamente lo contrario, el carácter reservado de un determinado documento (en este caso de las actas de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores)

9 Por el cual se modifica la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación.

no es oponible al Procurador General de la Nación ni al Defensor del Pueblo cuando requieran la información *para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales*.

A este respecto, el artículo 277 de la Constitución señala que el Procurador podrá **“exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria”** y el artículo 284 *ibídem* dispone que el jefe del Ministerio Público podrá **“requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles reserva alguna”**.

Lo anterior en concordancia con el artículo 27 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ya citado, en lo referente a que el carácter reservado de un documento no es oponible a las autoridades judiciales o a otras autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes, *lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones*¹⁰.

En el caso particular analizado, revisadas las funciones y competencias invocadas en su oficio, para la Sala no cabe duda que la reserva general del artículo 4º de la Ley 68 de 1993, no es oponible frente al requerimiento del Procurador General de la Nación para que le sean entregadas las actas de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores entre 1980 y 2012.

Cuestión distinta es que, como lo disponen los artículos 27 y 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Procurador General de la Nación deba mantener la reserva de las actas de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores mientras no se ordene su publicidad. En consecuencia, en las actuaciones, trámites y procedimientos que se adelanten por el organismo de control, deberán hacerse cuadernos separados para esa información que no es de acceso público, de forma que solo pueda ser consultada por las personas legitimadas para ello, a quienes, lógicamente, también se extiende el deber de reserva (art. 36 *ibídem*).

Finalmente, cabe decir que aunque en el numeral 3 del requerimiento del señor Procurador General de la Nación se pide de manera genérica la totalidad de las actas de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores entre febrero de 1980 y noviembre de 2012, del contexto de la respectiva solicitud puede deducirse que se trata solamente de los apartes concretos de las actas de ese periodo en que se discutió lo relacionado con la reclamación de Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que es la información que, según el requerimiento del organismo de control, se requeriría para el ejercicio de las funciones constitucionales y legales a su cargo. Por tanto, no sería necesario enviar al organismo de control todas las actas de la Comisión Asesora de los últimos 30 años, sino, únicamente, las que hacen alusión específica a dicho asunto.

10 Al respecto, la Sentencia T-507 de 2007 señaló: “15. En consecuencia, en relación con el problema planteado, la reserva de información es oponible frente a terceras personas que pretendan tener acceso a este tipo de información, exceptuándose de esta regla, i) el titular de la información, dada la protección que tiene esta persona de acceder a estos documentos, en virtud del derecho fundamental al habeas data; ii) **las autoridades que soliciten documentos de carácter reservado en ejercicio de sus funciones, según el artículo 20 de la Ley 57 de 1985**” (se destaca).

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE

“1.- A la luz de lo establecido en los artículos 277 y 284 de la Constitución Política; el artículo 20 de la Ley 57 de 1985; el artículo 4° de la Ley 68 de 1993; el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011; y la autorización previa de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y del Presidente de la República de julio de 2004 en el sentido de permitir que el Procurador General de la Nación revise las actas de las sesiones de la Comisión, en las cuales se trató el tema del litigio entre Colombia y Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia, ¿el Ministerio de Relaciones Exteriores puede entregar copia de dichas Actas al señor Procurador General de la Nación atendiendo su solicitud del 11 de diciembre de 2012?”

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe entregar, bajo condición de reserva, las actas de la Comisión de Relaciones Exteriores solicitadas por el Procurador General de la Nación en su solicitud del 11 de diciembre de 2012, de conformidad con los artículos 277 y 284 de la Constitución Política y 27 de la Ley 1437 de 2011.

“2.- En caso de acceder al requerimiento de la Procuraduría General, se somete a dictamen de esta Honorable Corporación si se debe enviar copia completa e íntegra de las actas solicitadas o ¿únicamente aquellos apartes objeto de la consulta (litigio entre Colombia y Nicaragua)?; ¿bajo qué condiciones legales se entregan dichas actas? Y; ¿podrá el señor Procurador General hacer público el contenido de dichas actas?”

Según el requerimiento de la Procuraduría General de la Nación, las actas de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores solicitadas son aquellas en las que se estudió y analizó el tema de la reclamación de Nicaragua por el Archipiélago de San Andrés y Providencia. Dichas actas deben entregarse bajo condición de reserva.

Mientras la reserva no sea levantada por el Presidente de la República y la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, el Procurador General de la Nación no podrá hacer públicas tales actas y deberá garantizar su reserva de conformidad con los artículos 27 y 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Remítase a la señora Ministra de Relaciones Exteriores y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

2. Delegación de funciones entre entidades públicas

Radicado 2305

Fecha: 01/11/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 22 de mayo de 2017

El Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística consulta a la Sala sobre algunos temas atinentes a la delegación de funciones catastrales del Instituto Geográfico Agustín Codazzi a entidades públicas.

I. Antecedentes

El Director explica que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en adelante IGAC es un establecimiento público con personería jurídica que tiene dentro de sus funciones la elaboración del catastro nacional de la propiedad inmobiliaria, la realización del inventario de las características de los suelos y el desarrollo de investigaciones geográficas como apoyo al desarrollo territorial.

La Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país” en el artículo 180 autoriza al IGAC para delegar la función catastral en entidades territoriales, Región Administrativa y de Planeación Especial (RAPE), áreas metropolitanas, conglomerados urbanos o autoridades regionales que se constituyan para tal fin.

Anota que el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de suscribir convenios entre autoridades para delegar funciones, y en tal virtud el IGAC se encuentra en la etapa de elaboración de documentos precontractuales y contractuales para materializar los acuerdos.

No obstante, manifiesta que existen dudas sobre algunos procedimientos, y en tal virtud formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“¿Cuál es la forma y el medio jurídicamente idóneo, mediante el cual el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en calidad de delegante podrá reasumir o avocar la función delegada de manera unilateral?”

¿Qué tipo de sanciones puede imponer el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” a la entidad delegataria con el fin de conminarla al cumplimiento de las obligaciones del convenio de delegación?”

¿De qué manera la entidad territorial delegataria de funciones catastrales, en garantía del principio de la doble instancia, deberá resolver los recursos de reposición y apelación en contra de los actos que expida con ocasión de la función delegada, sin contravenir el principio del artículo 11 de la Ley 489 de 1998 que señala que no se puede delegar lo delegado?”

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Director, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) la delegación de funciones, ii) el Programa Nacional de Delegación de Competencias Diferenciadas, iii) los convenios interadministrativos, iv) la imposición de sanciones dentro del marco de los convenios interadministrativos, v) la Ley del Plan prevalece sobre las leyes ordinarias y vi) competencia para resolver recursos contra los actos expedidos por la entidad delegataria en virtud del convenio.

A. La delegación de funciones

La delegación de funciones constituye un mecanismo de desarrollo de la función administrativa, de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política que dice:

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

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

El artículo 211 ibídem prescribe las siguientes reglas para la delegación de funciones:

“Artículo 211.- La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios”.

El desarrollo legal de estas normas superiores sobre delegación de funciones se encuentra fundamentalmente en los artículos 9° a 14 de la Ley 489 de 1998, los que establecen:

“ARTÍCULO 9°. DELEGACIÓN. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

PARÁGRAFO. *Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.*

ARTÍCULO 10. REQUISITOS DE LA DELEGACIÓN. *En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.*

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

ARTÍCULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. *Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:*

- 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.*
- 2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.*
- 3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.*

ARTÍCULO 12. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DEL DELEGATARIO. *Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.*

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO. *En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.*

ARTÍCULO 13. DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES PRESIDENCIALES. *Artículo modificado por el artículo 45 del Decreto 19 de 2012. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren el artículo 129 y los numerales 13, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política.*

ARTÍCULO 14. DELEGACIÓN ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS. *La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativas del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas.*

Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos”.

Respecto a la delegación de funciones entre entidades públicas, que es la que ocupa la atención de la Sala, la jurisprudencia constitucional la llama impropia.

A juicio de la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre una demanda contra el artículo 14 anteriormente transcrito, la delegación entre entidades públicas en ningún caso fue proscrita por el constituyente ni se confunde con la desconcentración.

Para la Corte, la exigencia de llevar a cabo un convenio en los casos de delegación de funciones de organismos o entidades del orden nacional a favor de entidades territoriales no admite excepciones, pues de admitirlas se vulnera flagrantemente la autonomía de la entidad territorial, autonomía que en todo caso se salvaguarda en el evento de delegación si es temporal y es aceptada por la entidad territorial delegataria mediante la suscripción del acuerdo, cuyas condiciones pueden ser convenidas¹¹.

En punto de la posibilidad de reasumir las funciones delegadas en el convenio, los artículos 211 de la Constitución y 12 de la Ley 489 de 1998 claramente disponen que las competencias delegadas siempre pueden ser reasumidas por el delegante.

En consonancia, la Corte Constitucional en el fallo enunciado aclaró que el convenio de delegación debe tener al menos los siguientes elementos: i) previa autorización legal, ii) fijación también legal de las condiciones bajo las que operará la delegación, iii) asunción de la responsabilidad por parte del delegatario y iv) facultad del delegante para reasumir la competencia.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000.

B. Programa Nacional de Delegación de Competencias Diferenciadas

La Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país””, en el artículo 180 a la letra dispone:

“ARTÍCULO 180. PROGRAMA NACIONAL DE DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS DIFERENCIADAS. *Con el propósito de asegurar una prestación más eficiente de los bienes y servicios a cargo del Estado y crear esquemas de distribución de competencias, créase el Programa Nacional de Delegación de Competencias Diferenciadas (PNCD), el cual estará a cargo del Departamento Nacional de Planeación, en coordinación con el Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las entidades sectoriales.*

El Programa contendrá el marco de criterios para la delegación de funciones conforme al convenio que para tal efecto se suscriba. Los convenios se suscribirán entre las entidades del orden nacional, en calidad de delegantes, y las entidades territoriales, esquemas asociativos territoriales, la RAPE, áreas metropolitanas, conglomerados urbanos, o autoridades regionales que se constituyan para tal fin, en calidad de delegatarios. El Programa incluirá los parámetros de acreditación de capacidad financiera, técnica, regulatoria e institucional de las entidades o autoridades delegatarias. En el marco del programa, el Gobierno nacional propondrá a dichas entidades y autoridades esquemas de distribución de competencias, las cuales quedarán plasmadas en los convenios que para tal efecto se suscriban entre entidades delegantes y delegatarias, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1454 de 2011.

El Departamento Nacional de Planeación, en coordinación con los sectores, definirá los mecanismos de seguimiento, control y evaluación de las competencias descentralizadas y/o delegadas por el Gobierno nacional, los cuales obedecerán a criterios técnicos, objetivos, medibles y comprobables.

PARÁGRAFO 1º. *Dentro del PNCD, se priorizarán las acciones que permitan la implementación de la política pública dirigida a las víctimas del conflicto armado desde lo territorial, las cuales serán diseñadas por el Ministerio del Interior y el Departamento Nacional de Planeación, en coordinación con la Unidad Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.*

PARÁGRAFO 2º. *Serán susceptibles de delegación, conforme a la normatividad vigente, aquellas competencias y funciones de nivel nacional en políticas y estrategias con impacto territorial tendientes al cierre de brechas socioeconómicas, intra e interregionales que promuevan la convergencia regional, como aquellas dirigidas a promover el desarrollo productivo, la competitividad e infraestructura física y social, la generación de ingresos, la planificación y la gestión territorial, incluida **la formación, actualización, conservación catastral e implementación de catastros multipropósito descentralizados, de que trata la presente ley, en municipios, distritos y áreas metropolitanas con población superior a 500.000 habitantes.***

Las entidades territoriales interesadas deberán acreditar, conforme a las disposiciones que el Gobierno nacional establezca para el efecto, el cumplimiento de las capacidades requeridas y se sujetarán en su operación a las disposiciones que sobre la materia adopte la autoridad catastral del orden nacional, entidad que, en todo caso, podrá requerir a las autoridades catastrales descentralizadas que hayan asumido competencias delegadas en materia catastral, para cumplir la normatividad y demás lineamientos técnicos que se adopten en materia catastral, encontrándose facultada para imponer sanciones, reasumir temporal o definitivamente las competencias delegadas en los municipios, distritos o áreas metropolitanas respectivas. (Resalta la Sala).

La Ley 1454 de 2011 “[p]or la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones” aplicable por remisión expresa que efectúa el inciso segundo del artículo 180 la Ley 1753 de 2015, se refiere a los convenios o contratos plan en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 20. DELEGACIÓN. *La nación y los diferentes órganos del nivel central podrán delegar en las entidades territoriales o en los diferentes esquemas asociativos territoriales y en las áreas metropolitanas, por medio de convenios o contratos plan, atribuciones propias de los organismos y entidades públicas de la nación, así como de las entidades e institutos descentralizados del orden nacional.*

En la respectiva delegación se establecerán las funciones y los recursos para el adecuado cumplimiento de los fines de la Administración Pública a cargo de estas”.

Por otra parte, el Decreto Reglamentario 819 de 2012 “por el cual se dictan disposiciones sobre la elaboración e implementación de los Contratos Plan”, **señala:**

“Artículo 1º. *Ámbito de aplicación. Las disposiciones previstas en el presente decreto aplican a los Convenios Plan o Contratos Plan, que se suscriban en desarrollo de lo dispuesto en las Leyes 1450 y 1454 de 2011 y demás normas que rijan la materia.*

Para efectos del presente decreto, las acepciones Contrato Plan o Convenio Plan son equivalentes. En adelante se utilizará la expresión Contrato Plan.

Artículo 2º. *Objeto y alcance del Contrato Plan. De conformidad con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 1450 de 2011 y la Ley 1454 del mismo año, el Contrato Plan es un acuerdo de voluntades cuyo objeto es el desarrollo mancomunado del territorio.*

El Contrato Plan que involucre entidades y organismos del nivel nacional busca la armonización de los planes de desarrollo nacional, los territoriales y los de las autoridades ambientales, para el desarrollo integral del territorio objeto del mismo, mediante el fortalecimiento de la coordinación interinstitucional entre los diferentes niveles de gobierno, las autoridades ambientales regionales y los esquemas asociativos territoriales, con un enfoque de largo plazo.

El Contrato Plan entre entidades territoriales y áreas metropolitanas en los términos de los artículos del 9º al 15 de la Ley 1454 de 2011, permite prestar conjuntamente servicios públicos, ejercer funciones administrativas propias de las partes o delegadas al ente territorial por el nivel nacional, ejecutar obras públicas de interés común o de ámbito regional, así como procurar el desarrollo integral de los territorios.

Artículo 3º. *Etapas del Contrato Plan. Para la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación del Contrato Plan, se deberán adelantar las siguientes etapas:*

- 1. Precontractual: En la que las partes involucradas construyen un "Acuerdo Estratégico para el Desarrollo del Territorio" y adelantan todos los trámites previos necesarios para su ejecución;*
- 2. Contractual: En la que se suscribe el Contrato Plan por las partes interesadas, se procede a la ejecución de los programas y proyectos, así como su seguimiento y evaluación;*
- 3. Poscontractual: En la cual se liquida el Contrato Plan y se efectúa la evaluación ex post del mismo.*

Artículo 4º. *Coordinación y Lineamientos de Política General. Para el procedimiento general de aquellos contratos plan en los que participe la nación, el Departamento Nacional de Planeación establecerá los mecanismos e instrumentos que permitan adelantar los trámites de cada etapa del Contrato Plan; brindará asistencia técnica, capacitaciones; expedirá un manual guía para ese efecto y coordinará la oferta nacional.*

Los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Comisiones Intersectoriales del orden nacional, a través de sus Secretarías Técnicas, enviarán al Departamento Nacional de Planeación la oferta nacional regionalizada de las propuestas de programas y proyectos de inversión y asistencia técnica que se ofrecen a las entidades territoriales.

Artículo 5º. *Acuerdo Estratégico para el Desarrollo del Territorio. El acuerdo estratégico para el desarrollo del territorio es el resultado de un ejercicio de concertación entre las partes firmantes, con el fin de propender por el desarrollo integral del territorio concernido.*

El Acuerdo debe contener: Los objetivos comunes, los responsables de las propuestas, los proyectos y programas estructurados y los demás aspectos que consideren las partes.

Artículo 6º. *De la iniciativa y suscripción del Contrato Plan. Las iniciativas de Contratos Plan de las entidades u organismos del nivel nacional serán coordinadas por el Departamento Nacional de Planeación.*

Las iniciativas por parte de las entidades u organismos del nivel territorial, áreas metropolitanas, autoridades ambientales y esquemas asociativos territoriales, estarán a cargo de los gobernadores, los alcaldes, los directores, los representantes de los órganos de

dirección de los esquemas asociativos territoriales y los directores o representantes legales de las autoridades ambientales, respectivamente.

Los Contratos Plan pueden suscribirlos las entidades y organismos del orden nacional con entidades territoriales y/o esquemas asociativos de entidades territoriales; las entidades territoriales entre ellas para conformar esquemas asociativos o entre áreas metropolitanas y; las autoridades ambientales con cualquiera de las anteriores.

Artículo 7º. *Incentivos y ventajas. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 1454 de 2011, se podrán acceder a los siguientes incentivos y ventajas:*

- 1. Acceso preferencial a las acciones de fortalecimiento institucional que desarrolle la Nación, en especial a través del "Programa para la Generación y Fortalecimiento de Capacidades Institucionales para el Desarrollo Territorial";*
- 2. Cofinanciación a través de otros niveles de gobierno de iniciativas enmarcadas dentro del Contrato Plan o sus herramientas de ejecución, de conformidad con las normas respectivas;*
- 3. Priorización de proyectos de conformidad con la ley del Sistema General de Regalías.*

Artículo 8º. *Delegaciones. A través del Contrato Plan, las autoridades del orden nacional y sus descentralizadas, podrán delegar sus funciones a las autoridades de las entidades territoriales, especificando las funciones y los recursos para su adecuado cumplimiento, así como la duración de la delegación. Previamente el delegante deberá verificar la capacidad del delegado, con el fin de propender por el adecuado cumplimiento de las funciones delegadas.*

Parágrafo. *Cuando se deleguen estas funciones a través del Contrato Plan y de forma exclusiva para el objeto del mismo, no serán necesarios actos o convenios de delegación posteriores a la celebración del Contrato - Plan.*

Artículo 9º. *Principio de Subsidiariedad. Para desarrollar los Contratos Plan, en aplicación del principio de subsidiariedad consagrado en el numeral 3) del artículo 27 de la Ley 1454 de 2011, la Nación, las entidades territoriales y los esquemas asociativos territoriales, podrán apoyar en forma transitoria y parcial en el ejercicio de sus competencias, a entidades de menor categoría fiscal y desarrollo económico y social, cuando se demuestre la imposibilidad para que estas entidades las ejerzan”.*

C. Los convenios interadministrativos

Los convenios interadministrativos puros son acuerdos de voluntades entre entidades públicas regidos por los principios de cooperación, coordinación y apoyo, con el objeto de dar cumplimiento a fines mutuos impuestos por la Constitución y la ley; por tanto, no existen intereses contrapuestos de las entidades que los celebran, ni tampoco se circunscriben a un intercambio patrimonial.

El artículo 6° de la Ley 489 de 1998 establece que en virtud de los principios de coordinación y colaboración las entidades garantizarán “*la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales*”; y por ello “*prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones*”.

Por su parte, el numeral 10 del artículo 3° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que “[e]n virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares”.

Es así que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 señala lo siguiente:

“Artículo 95. *Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro”.* (Subraya la Sala).

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Sección Tercera enseña:

“De conformidad con lo anterior los Convenios Institucionales, se podrían definir como todos aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica¹²”.

Ahora bien, dada la naturaleza jurídica explicada, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 no resultan de aplicación automática a tales convenios¹³. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si una disposición del Estatuto es aplicable o no.

D. La imposición de sanciones dentro del marco de los convenios interadministrativos

Para conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, el legislador ha implementado las multas, que tienen su regulación en la normativa que se transcribe a continuación:

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de mayo de 2012, Exp. 1998-01471.

¹³ “En el convenio nadie tiene interés patrimonial, en el contrato sí, quien hace las veces de contratista quiere ganar. De ahí que podamos decir que mientras que en el convenio los dos intereses son públicos, en el contrato uno de ellos es privado, como que la motivación para contratar es el lucro (...) en el contrato siempre el interés patrimonial es su motor...” HERRERA Benjamín, citado por EXPÓSITO Vélez, óp. cit. p. 363.

La Ley 1150 de 2007 “[p]or medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos” que en su artículo 17 reza:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.*

La Ley 1474 de 2011 “[p]or la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” que prevé:

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible,

atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida solo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

En síntesis, las multas son sanciones económicas que se imponen al contratista con la finalidad de apremiarlo en forma legítima, para que cumpla el contrato¹⁴ y no tienen por objeto indemnizar o reparar un daño.¹⁵

Como las multas proceden en todo tipo de contrato estatal siempre que se hubieren pactado, la imposición por medio de acto administrativo constituye una exorbitancia que debe encontrarse autorizada por la ley en cumplimiento del principio de legalidad.¹⁶

14 La multa “tiene por objeto inducir al deudor de una obligación de hacer o no hacer a que la cumpla, por la amenaza de tener que pagar una indemnización que puede acrecentarse de manera considerable si el incumplimiento se prolonga o se repite”. Cfr. Capitán Henri. Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1986, 8ª reimpresión de la 1ª edición de 1930. p. 382.

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, Exp. No. 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. No. 14.289.

16 La jurisprudencia del Consejo de Estado la ha considerado como una potestad excepcional o exorbitante en ejercicio de una función administrativa, mediante la expedición de un acto administrativo, tesis que se reiteró en la sentencia del 22 de octubre de 2012, proferida por la Sección Tercera, Radicación 20738, así: “La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa?// La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas.// La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, esta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad esta que de manera alguna le resultaría viable al contratista...”.

En materia de convenios administrativos puros en principio no es admisible la imposición de sanciones de una entidad a otra, pues su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio; es decir, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes (cumplimiento de funciones administrativas o prestación de servicios a su cargo que coinciden con el interés general) y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación. En síntesis, las partes se relacionan en un paralelismo de intereses bajo un ámbito o posición de igualdad o equivalencia.

Empero, la regla general tiene excepciones como la prevista en el artículo 180 de la Ley 1753 de 2015 *in fine* que expresamente faculta a la autoridad catastral nacional para imponer sanciones a las entidades delegatarias.

En tal virtud, resultan aplicables las multas, las cláusulas penales y las sanciones que se pacten.

Se anota que la Ley 1753 adoptó el Plan Nacional de Desarrollo, circunstancia que apareja consecuencias jurídicas de la mayor trascendencia, como se explica a continuación.

E. La Ley del Plan prevalece sobre las leyes ordinarias

La Corte Constitucional en la sentencia SU-819 de 1999 manifestó:

“3- De conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, es indudable que se establece una jerarquización entre las leyes, tanto por su especialidad, por el procedimiento que se exige para su aprobación, por su origen, o por el mismo reconocimiento que el texto constitucional hace de algunas de ellas, el cual aparece evidente en el artículo 341 de la Carta Política que establece la prelación de la ley del plan nacional de inversiones sobre las demás leyes. Lo mismo ocurre con otros preceptos superiores que reconocen la prioridad del gasto social y la sujeción de la actividad legislativa a las leyes orgánicas (artículo 151 CP).

“Por consiguiente, es indudable que la Ley 508 de 1999, aprobatoria del plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, prevalece sobre la Ley 100 de 1993.

“En efecto, la Ley 508 de 1999, como ya se anotó, contiene el plan nacional de desarrollo... Esta ley, constitucionalmente, posee un “plus”, que le otorga una prevalencia o superioridad sobre las demás leyes, entendiendo, que, sin embargo, la misma Carta Política reconoce expresamente la primacía de algunas leyes, como las orgánicas y las estatutarias, a las que dichas aquellas (sic) estarían subordinadas”.

Posteriormente, en la sentencia C-334 de 2012¹⁷, la Corte dijo:

17 Corte Constitucional. Sentencia C-334 del 9 de mayo de 2012. Exp. D-8796.

“5.2. La prevalencia de la Ley del Plan

“5.2.1. De acuerdo con el artículo 151 de la Constitución Política, el Congreso debe expedir ciertas leyes orgánicas, y entre ellas, la ley orgánica del plan de desarrollo. En el marco de tal legislación orgánica, se expide el plan cuatrienal de desarrollo, como ley ordinaria¹⁸. (...) Merced a que el Plan Nacional de Desarrollo establece los objetivos, propósitos, prioridades, estrategias y metas que serán desarrolladas en los cuatro años siguientes a su expedición, muchas leyes de igual entidad normativa, deben ser expedidas teniendo en cuenta lo estipulado en el Plan Nacional de Desarrollo. En efecto, la Carta Política en su artículo 341 establece que ‘(...) El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes (...)

“5.2.2. De lo anterior se desprende que, una norma que desarrolle materias contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, no podrá contener disposiciones contrarias a la misma, aunque se trate de disposiciones legales equivalentes, pues de manera expresa la Constitución le ha otorgado prevalencia a la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. En otras palabras, una ley que contenga disposiciones contrarias a las contenidas en el Plan Nacional, será una norma contraria a la Constitución”

Con fundamento en la jurisprudencia anotada y conforme al artículo 341 de la Constitución Política, esta Sala ha señalado¹⁹:

“(...) que las normas de la ley del plan nacional de desarrollo, y particularmente aquellas contenidas en su “plan de inversiones públicas”; tienen prelación sobre otras leyes ordinarias que desarrollen o regulen las mismas materias, mientras se encuentre vigente, como es obvio, la ley del plan nacional de desarrollo.

En consecuencia poco importa que las otras leyes que resultan opuestas o incompatibles, total o parcialmente, con la ley del plan nacional de desarrollo sean anteriores o posteriores, generales o especiales con respecto a dicha ley”

Entonces, surge sin dificultad una conclusión y es que dada la especialidad de las disposiciones contenidas en el artículo 180 de la Ley 1753 de 2015, y sobre todo por ser Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi puede imponer las multas y las sanciones que se pacten, así como hacer efectivas las cláusulas penales a las entidades delegatarias de funciones catastrales para conminarlas al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en los convenios de delegación.

F. Competencia para resolver recursos contra los actos expedidos por la entidad delegataria en virtud del convenio

Es preocupación del consultante saber de qué manera la entidad territorial delegataria de funciones catastrales deberá resolver los recursos de reposición y apelación en contra

¹⁸ “[21] En el mismo sentido se pronunció la sentencia C-305 de 2004”.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de noviembre de 2013. Radicación 2167.

de los actos que expida con ocasión de la función delegada, sin contravenir el principio que señala que no se puede delegar lo delegado.

En materia de recursos y en tratándose de delegación de funciones, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 prevé que los actos expedidos por las autoridades delegatarias serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de los delegantes.

En particular, debe tenerse en cuenta que en los casos de delegación de funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional a las entidades territoriales, el marco jurídico está conformado por la Constitución Política, la ley y el convenio interadministrativo de delegación. Dicho convenio debe contener entre otros asuntos las funciones que se delegan, las condiciones de la delegación, y los funcionarios en quienes se delega. En el respectivo convenio se debe establecer lo atinente a los recursos susceptibles de ser interpuestos contra las decisiones de la entidad delegataria: los funcionarios competentes para resolverlos, y la forma como se garantizará la segunda instancia si está prevista para los actos del delegante.

En el evento que esté contemplada una segunda instancia y se considere que debe ser del conocimiento de la entidad delegante, en el respectivo convenio deberá reservarse tal atribución y delegarse únicamente la función de resolver los recursos de reposición. En todo caso, deberá tenerse en cuenta que contra los actos del representante legal de la entidad delegada no procede el recurso de apelación.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE

1. *¿Cuál es la forma y el medio jurídicamente idóneo, mediante el cual el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en calidad de delegante podrá reasumir o avocar la función delegada de manera unilateral?*

Dentro del contexto de la consulta, la Sala entiende que la pregunta se refiere a la manera unilateral de reasumir la función delegada en un convenio. A ese respecto, como se ha vertido en las consideraciones, nuestro ordenamiento jurídico contempla que las competencias delegadas siempre pueden ser reasumidas por el delegante, quien podrá hacerlo mediante acto administrativo.

2. *¿Qué tipo de sanciones puede imponer el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” a la entidad delegataria con el fin de conminarla al cumplimiento de las obligaciones del convenio de delegación?*

Para conminar a las entidades delegatarias al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el convenio de delegación, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi podrá imponer sanciones previamente convenidas o estipuladas, como multas y cláusulas penales.

3. *¿De qué manera la entidad territorial delegataria de funciones catastrales, en garantía del principio de la doble instancia, deberá resolver los recursos de reposición y apelación en contra de los actos que expida con ocasión de la función delegada, sin contravenir el principio del artículo 11 de la Ley 489 de 1998 que señala que no se puede delegar lo delegado?*

En el respectivo convenio se debe establecer lo relativo al funcionario competente para resolver los recursos susceptibles de ser interpuestos contra las decisiones de la entidad delegataria. En todo caso deberá tenerse en cuenta que, no existiendo recurso de apelación contra los actos del representante legal de la entidad delegante, tampoco procede tal recurso contra los actos del representante legal de la entidad en la cual se delega.

Remítase al Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

3. Condiciones para la declaratoria del Estado de Emergencia Económica

Radicado 2342

Fecha: 30/05/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 1° de diciembre de 2017

El Ministro del Interior consulta a la Sala sobre la viabilidad jurídica de declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica en Buenaventura, con base en la petición elevada por algunas organizaciones sociales de ese distrito portuario.

I. Antecedentes

El organismo consultante señala que se ha instalado una mesa de diálogo en Buenaventura con el fin de superar las protestas sociales que se presentan en esa ciudad. Indica que algunas organizaciones sociales han planteado la posibilidad de que el Presidente de la República declare el estado de emergencia económica, social y ecológica en ese territorio y adopte medidas urgentes para superar la grave crisis sanitaria, económica y social de la ciudad.

Según la consulta, el Gobierno nacional *“tiene dudas sobre la procedencia de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, teniendo en cuenta el estándar establecido por la Corte Constitucional sobre los límites constitucionales impuestos al legislador de excepción”*.

La consulta no tiene más antecedentes. Simplemente se adjunta por el organismo consultante una copia (sin firma) de una petición de declaratoria de estado de emergencia económica, social o económica, presentada por “Asamblea Ciudadana por la Defensa de Buenaventura”, en la cual se hacen algunas consideraciones generales sobre la situación de esa ciudad, el incumplimiento de proyectos anunciados por las autoridades locales y nacionales y la necesidad de adoptar medidas de urgencia para superar la crisis actual.

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

1. Aclaración previa y alcance de la consulta

De acuerdo con lo señalado anteriormente, el Ministerio del Interior pide el concepto de esta Sala frente a la solicitud hecha por algunas organizaciones sociales para que se declare el estado de emergencia económica, social y ecológica en Buenaventura y se adopten medidas extraordinarias y de urgencia para superar la crisis sanitaria, económica y social de esa ciudad. Según el Ministerio, la consulta se hace porque *existen dudas* sobre el cumplimiento de los presupuestos exigidos en la Constitución para hacer dicha declaratoria de emergencia.

Sin embargo, la consulta no hace ninguna manifestación sobre los hechos y consideraciones expuestas por la comunidad para solicitar la adopción de las medidas de excepción, ni señala cuáles (ni por qué) serían los estándares constitucionales sobre

los cuáles el Gobierno nacional tendría dudas sobre su cumplimiento. En consecuencia, la Sala no cuenta con los elementos de juicio suficientes para establecer si se cumplen las exigencias constitucionales para declarar la emergencia económica, social o ecológica en el caso específico de Buenaventura.

Debe tenerse en cuenta, como se revisará más adelante, que la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica, exige una verificación integral y exhaustiva sobre la veracidad, gravedad e imprevisibilidad de los hechos que le sirven de fundamento, de modo que resulta imposible emprender ese análisis sin la información y antecedentes suficientes para ello y sin que el organismo consultante precise los interrogantes jurídicos que le asisten. Además la Constitución Política le otorga al Presidente de la República un margen de apreciación y valoración de las circunstancias determinantes de los estados de excepción que el Gobierno deberá evaluar en su autonomía.

No obstante y con el fin de cumplir de la mejor manera posible la función constitucional asignada a la Sala de Consulta como órgano asesor del Gobierno nacional, se rendirá el presente concepto desde una perspectiva general, con el fin de indicarle al Gobierno nacional las verificaciones que debe hacer a la luz de los estándares constitucionales de los estados de excepción, para determinar si procede o no la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica en Buenaventura.

Para este propósito, la Sala revisará las características generales de los estados de excepción y las particulares del estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad del artículo 215 de la Constitución Política. Finalmente examinará los requisitos de esta última figura y frente a cada uno de ellos hará las recomendaciones pertinentes al Gobierno nacional.

2. Consideraciones generales sobre los estados de excepción

La Constitución Política de 1991 consagra tres estados de excepción: el estado de guerra exterior (artículo 212), el estado de conmoción interior (artículo 213) y el estado de emergencia económica, social y ecológica (artículo 215). Como ha señalado la jurisprudencia, los estados de excepción previstos en la Constitución son regímenes especiales concebidos para enfrentar situaciones de anormalidad institucional que requieren de medidas extraordinarias por parte de las autoridades estatales²⁰.

Al acudir a estos mecanismos de excepción se produce una alteración del reparto ordinario de competencias normativas, como quiera que con su declaratoria el Presidente de la República queda habilitado para expedir normas con fuerza de ley orientadas a la conjuración de la crisis²¹. De este modo, la potestad legislativa, que en tiempos de normalidad está radicada en el Congreso de la República como órgano máximo de representación popular, pasa a ser ejercida también por el ejecutivo, incluso en temas tan

20 Entre otras, ver las Sentencias C-802 de 2002 y C-122 de 1997.

21 Sentencia C-802 de 2002: "El derecho constitucional de excepción implica una transitoria alteración del ámbito funcional de los poderes públicos. Ello es así porque se trata de dotar al ejecutivo de las medidas extraordinarias que precisa para conjurar la amenaza que se cierne contra la vida del Estado. Es decir, se trata de un estado de anormalidad institucional que se explica por la excepcionalidad de la situación que el Estado debe afrontar, por el imperativo de mantener los contenidos fundamentales del pacto que posibilita la convivencia, por la urgencia de afirmar la organización política en que se ha traducido ese acuerdo y solo ante la ausencia de mecanismos idóneos que realicen ese fin a un menor costo en materia de derechos y garantías".

sensibles para la sociedad como la limitación de los derechos ciudadanos y la imposición de cargas tributarias.

Por tanto, los estados de excepción comportan sacrificios importantes para el normal funcionamiento de la democracia y de las libertades públicas²², lo cual explica los altos estándares constitucionales para acceder a ellos. Así se ha indicado que la Constitución consagró “*un estricto régimen regulatorio de los estados de excepción*” con el fin de para mantener “*la plena vigencia del Estado de Derecho, aún en periodos de anormalidad, en guarda del principio democrático, de la separación de poderes y de la primacía de los derechos fundamentales*”²³.

En este contexto no resulta difícil entender que el principio general que orienta los estados de excepción es su *carácter restrictivo, excepcional y transitorio*²⁴. Por lo mismo se puede entender que la jurisprudencia haga énfasis en el carácter reglado de la declaratoria de estados de excepción²⁵ y en el hecho de que esta figura constituye el “*último recurso*” al cual se puede acudir para conjurar una situación de crisis, precisamente porque dicho recurso representa “*un instrumento que reduce el ámbito de la democracia y las libertades y, además, porque los órganos del Estado y las autoridades competentes tienen el deber primario de gobernar dentro de la normalidad y con las herramientas a su disposición...*”²⁶.

Se ha reiterado entonces que solo ante hechos sobrevinientes de carácter extraordinario, grave e inminente, que no puedan enfrentarse mediante los poderes ordinarios del Estado, “*se pued[e] acudir al método excepcional de gobierno monocrático de la economía que se conoce con el nombre de estado de emergencia*”²⁷.

De este modo el ejecutivo no puede abusar de los estados de excepción y acudir a ellos de manera habitual “*como una forma de soslayar o evadir el cumplimiento efectivo de todo orden constitucional que se relaciona con el principio democrático, la separación de poderes y la protección, defensa y tutela de los derechos fundamentales*”.

Para asegurar que estos límites se respeten la Constitución Política ha previsto que los decretos que declaran los estados de excepción (no solo los que se expiden en desarrollo del mismo²⁸) estén sujetos a un control automático de constitucionalidad, que según la jurisprudencia es *riguroso, estricto, integral e intenso*²⁹ sobre los requisitos formales y materiales que permiten la declaratoria de emergencia.

22 “El hecho sobreviniente que habilita al Presidente para apelar a las facultades especiales que se derivan de la declaración de emergencia, no puede, en consecuencia, ser de cualquier naturaleza. Desde distintos aspectos la Constitución Política y la ley estatutaria, lo califican. En realidad, no podía ser de otra manera si se repara en los efectos jurídicos que se asocian al mismo, los que tienen que ver con la temporal asunción de la función legislativa por parte del Gobierno y el virtual poder que de ello se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales. El estado de emergencia puede, en este sentido, autorizar al ejecutivo a regular materias íntimamente ligadas a la representación política y a la deliberación democrática, como son las relativas al presupuesto y a la imposición de tributos”. (Sentencia C-122 de 1997)

23 Sentencia C-156 de 2011.

24 Sentencias C-702 y C-703 de 2015.

25 Sentencia C-216 de 2011.

26 Sentencia C-122 de 1997. Igualmente Sentencia C-802 de 2002.

27 Sentencia C-122 de 1997. Ver también Sentencias C-254 de 2009 y C-252 de 2010, entre otras.

28 Sentencia C-802 de 2002.

29 Sentencia C-216 de 2011.

Además, la Constitución Política ha establecido un juicio político en cabeza del Congreso de la República “*sobre las razones políticas de oportunidad que subyacen a la declaratoria del estado de excepción y a las facultades ejercidas con base en ella*”³⁰, de modo que no solo deberá acreditarse la juridicidad de la decisión, sino también su legitimidad.

Lo anterior determina entonces que en el caso analizado la Sala deba recomendar al Gobierno nacional verificar de manera estricta y rigurosa las exigencias constitucionales que permiten acudir a dicho mecanismo, pues como ha señalado la jurisprudencia “*al Presidente y a sus Ministros les asiste responsabilidad en el evento de declarar el estado de excepción sin haber ocurrido*”³¹.

Para tal efecto, la Sala pasa a revisar de manera específica las características generales y las exigencias constitucionales de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, que es el tipo de estado de excepción sobre la cual recae la consulta.

3. El estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública (artículo 215 C. P.).

3.1. Aspectos generales

La Constitución Política de 1991 regula de manera detallada y diferenciada las causas que originan cada estado de excepción, así como los requisitos formales y materiales para su declaración, las potestades que se pueden ejercer en cada caso y los controles políticos y jurídicos que salvaguardan su correcta utilización y la prevalencia del principio democrático.

En el caso particular de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública que ocupa a la Sala, la jurisprudencia ha recordado que es el resultado de la separación de los conceptos de orden público y político y de orden económico y social, introducido desde la reforma constitucional de 1968 y que se mantuvo en la Constitución de 1991³². Así, para enfrentar situaciones de crisis diferentes a las previstas en los artículos 212 y 213 de la Constitución, el artículo 215 permite activar un estado de emergencia por hechos sobrevinientes que perturben gravemente el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública. Al respecto se ha indicado lo siguiente:

“La normalidad y el orden económico y social, no están pues excluidos de ser perjudicados o destruidos por el desorden. De hecho, los órganos de regulación y control, lo mismo que las normas, representan formas de relacionarse con el desorden a fin de excluirlo, evitarlo o corregirlo.

Erróneamente se piensa que la supervivencia del sistema económico y social sea asunto que incumbe exclusivamente al estado de emergencia, como si durante la normalidad aquel

30 Sentencia C-802 de 2002.

31 *Ibidem*. Ver también Sentencias C-156 y 216 de 2011.

32 Sentencia C-2011 de 2016.

estuviera exento de librar la misma batalla, y las autoridades competentes no tuvieran en sus manos una parte no desestimable de su destino y la responsabilidad consiguiente de obrar con diligencia y tino. Naturalmente, cuando el desorden amenaza de manera objetiva con superar niveles críticos poniendo en peligro factores esenciales de la convivencia, hasta el punto en que resulta incontrolable con base en los poderes ordinarios, deberá recurrirse a los poderes excepcionales”. (Se resalta).

La declaración de esta emergencia habilita al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. La Constitución exige además que los decretos que se expidan en virtud de dicha declaratoria se refieran a materias directa y específicamente relacionadas con el estado de emergencia y aunque se pueden establecer nuevos tributos o modificar los existentes, estas medidas dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente (ibídem).

En todo caso, la Constitución salvaguarda la potestad normativa del Congreso de la República al señalar que durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, *“podrá derogar, modificar o adicionar los decretos de emergencia, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno”* y que *“en relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo”.* (Ibídem).

Como sucede para los demás estados de excepción, el artículo 215 Superior prevé que el Congreso de la República ejerza el control político de las medidas adoptadas, pudiéndose reunir por derecho propio si no es citado en el decreto que declara la emergencia. En virtud de este control político, el Congreso deberá (i) examinar el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y (ii) pronunciarse expresamente *“sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas”*.

Igualmente, la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública está sometida a un control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (artículo 241-7 C. P.). De manera particular el parágrafo del artículo 215 señala que el Gobierno debe enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere ese artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumple con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehende de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

Este último control, como sucede frente a los demás estados de excepción, es integral y estricto³³ y de ahí que la declaratoria de un estado de emergencia de este tipo deba cumplir también los requisitos de forma y de fondo (materiales) exigidos en la Constitución y la ley, los cuales pasan a revisarse.

33 Sentencias C-156 y C-216 de 2011; igualmente Sentencia C-670 de 2015.

3.2 Requisitos para su declaratoria

La jurisprudencia ha reiterado que la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública, debe cumplir de manera estricta los **requisitos formales** y **materiales** previstos en la Constitución, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción y el bloque de constitucionalidad³⁴.

Sobre los primeros basta señalar para efectos de la presente consulta que la declaratoria del estado de excepción del artículo 215 de la Constitución Política debe: (i) estar suscrita por el Presidente de la República y todos los ministros (artículo 215 C. P. y 46 de la Ley 137 de 1994); (ii) ser motivada (la Corte Constitucional exige que la motivación sea *adecuada y suficiente* y en algunos casos la ha considerado un requisito sustancial³⁵); (iii) establecer claramente su duración y sujetarse al límite temporal previsto en la Constitución (periodos de hasta treinta días que sumados no excedan de noventa días en el año); (iv) determinar claramente el ámbito territorial de aplicación; (v) si no se hallare reunido, convocar al Congreso de la República; (vi) remitir la declaratoria de emergencia a la Corte Constitucional al día siguiente de su adopción para la revisión automática de constitucionalidad; y (vii) por mandato del artículo 16 de la Ley 137 de 1994, comunicar la decisión tanto al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas como al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos³⁶.

En cuanto a los requisitos materiales o de fondo, la jurisprudencia³⁷ ha señalado que el decreto que declara el estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública debe cumplir un presupuesto fáctico y uno valorativo, cada uno sometido a juicios diferenciados, así:

1. Presupuesto fáctico (verificación objetiva)

- Juicio de realidad de los hechos
- Juicio de identidad (que no respondan a los supuestos de otro estado de excepción)
- Juicio sobre el carácter sobreviniente de los hechos

2. Presupuesto valorativo (aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad)

- Juicio de gravedad de la afectación
- Juicio de insuficiencia de los medios ordinarios para conjurar la crisis y de necesidad de acudir a medidas extraordinarias

³⁴ Sentencia C-670 de 2015.

³⁵ Sentencia C-254 de 2009. En esta sentencia se consideró además que la falta de motivación es insubsanable y que “no puede ser suplida en el curso del juicio de constitucionalidad mediante el decreto y práctica de pruebas, ni con su referencia a esa declaratoria precedente en el Decreto ahora en revisión, toda vez que en la nueva declaratoria de estado de excepción, se imponía la enunciaci3n siquiera concisa de los hechos y las razones de las ‘diversas manifestaciones sociales’ que habían sobrevenido adicionalmente, con ocasi3n de la continuada o acrecentada captaci3n ilegal de recursos del p3blico”.

³⁶ Sentencias C-216 de 2011 y C-670 de 2015.

³⁷ Ver por todas, Sentencia C-670 de 2015.

La Sala se detendrá en estos presupuestos materiales, en la medida en que son los que debe constatar y valorar el Gobierno nacional para determinar si procede o no la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica en Buenaventura. No sobra reiterar que se trata de requisitos concurrentes y que el Gobierno nacional debe examinarlos de manera estricta y detenida, además de dejar constancia de su valoración en un eventual decreto declaratorio del estado de excepción, dado el control político y de constitucionalidad al que estaría sometida una decisión de esa naturaleza, según se indicó.

3.3 Presupuestos materiales de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública

3.3.1 Presupuesto Fáctico

En este presupuesto, el Gobierno nacional deberá verificar la existencia de los hechos y su carácter sobreviniente, así como su diferencia con aquellos que dan lugar a la declaratoria de guerra exterior y de conmoción interior. Para tal efecto deberá tener en cuenta el tripe juicio de validez al que se encuentra sometido este presupuesto:

- **Juicio de realidad de los hechos**

Según la Corte Constitucional el juicio de realidad consiste en la determinación de que los hechos que dan lugar a la declaratoria de emergencia “efectivamente existieron, es decir, que se generaron objetivamente en el mundo de los fenómenos reales”.³⁸ Al respecto, se ha indicado que:

“El presupuesto fáctico es susceptible de un juicio objetivo de existencia por parte del juez constitucional, quien debe determinar si los hechos invocados tuvieron ocurrencia. Se tiene entonces que la metodología que debe ser empleada es una verificación positiva de los hechos; por lo tanto, si efectivamente ocurrieron, el juicio objetivo de existencia se resuelve de manera positiva y en consecuencia la declaratoria del estado de conmoción interior, en lo atinente a ese primer presupuesto, es legítima; empero si el presupuesto fáctico no ha tenido lugar, esta primera constatación será negativa y en ausencia de ese presupuesto, la declaratoria deviene en inconstitucional”³⁹.

Por tanto, para cumplir este requisito en el caso analizado, la Sala recomienda verificar y documentar los hechos que generan la crisis en Buenaventura (entre ellos, pero no exclusivamente, los que invoca la comunidad), de manera que en el caso de una eventual declaratoria del Estado de Emergencia se puedan aportar las pruebas que los acreditan.

38 Sentencia C-670 de 2015.

39 Sentencia C-135 de 2009, reiterada en Sentencia C-156 de 2011.

- **Juicio de identidad de los hechos**

En este juicio el Gobierno nacional debe constatar que los hechos invocados como sustento de la declaratoria del estado de emergencia “*efectivamente corresponden a aquéllos que la Constitución previó como detonantes específicos de esta modalidad de estado de excepción*”⁴⁰ y que, por tanto, son “*independientes y autónomos*” de aquellos que dan lugar a los estados de excepción de los artículos 212 y 213 de la Constitución⁴¹.

Sobre esta regla de identidad, la Corte Constitucional ha reiterado lo que señaló en la Sentencia C-004 de 1992:

*“La Constitución de 1991 sumó a este último [el orden económico] los elementos de orden social y ecológico, con el ánimo de racionalizar y controlar más adecuadamente el ejercicio de los poderes de excepción, por lo cual los presupuestos fácticos para la declaratoria del Estado de Emergencia deben ser distintos a los de los otros estados de excepción: guerra exterior o conmoción interior. Esto obviamente no significa que no puedan existir relaciones entre los factores económicos, sociales y ecológicos y el orden político, pues, como ya lo ha establecido esta Corporación: ‘no puede descartarse **ab initio** que la etiología última del estado de conmoción interior pueda residir en graves factores de tensión de orden económico o social. Por el contrario, parecería, si se revisa la historia, que esta es la constante. Lo que interesa, para los efectos constitucionales, es la naturaleza de la causa inmediata de la perturbación y la ubicación precisa de la deficiencia que impide resolver a través del régimen ordinario el insuceso que induce al estado de excepción”*

Por tanto, siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre el principio de identidad, el Gobierno deberá preguntarse si los hechos que causan la perturbación del orden público, social o ecológico en Buenaventura, “*no son asimilables a los actos de agresión o de guerra externa en que se basa el Estado de Guerra Exterior (Art. 212 de la C. P.), ni consisten en actos lesivos de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, que integran la noción de orden público del Estado de Conmoción Interior (Art. 213 de la C. P.)*”⁴² Solo en el caso de que la respuesta sea negativa (no existe similitud), este requisito se entendería cumplido.

- **Juicio sobre el carácter sobreviniente de los hechos**

El tercer juicio que debe superar el presupuesto fáctico es sobre el carácter sobreviniente de los hechos. Se trata de un requisito que se deriva directamente del artículo 215 de la Constitución Política, según el cual la declaratoria de emergencia procede cuando *sobrevengan* hechos que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública. Además, el artículo 2º de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción señala que las facultades

40 Sentencia C-670 de 2015.

41 Sentencia C-216 de 2011.

42 Sentencia C-216 de 2011.

excepcionales solo pueden ser utilizadas cuando “*circunstancia extraordinarias*” hagan imposible el mantenimiento de la normalidad institucional a través de los poderes ordinarios del Estado⁴³.

En este sentido, cuando la Corte Constitucional se ha referido al carácter sobreviniente de los hechos, lo ha asimilado a lo *novedoso, imprevisible, impredecible e irresistible*⁴⁴. Al respecto, al analizar el requisito de sobreviniencia en el caso de la declaratoria de emergencia por la crisis financiera de finales de los noventa, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“El hecho sobreviniente que habilita al Presidente para apelar a las facultades especiales que se derivan de la declaración de emergencia, no puede, en consecuencia, ser de cualquier naturaleza. Desde distintos aspectos la Constitución Política y la ley estatutaria, lo califican. En realidad, no podía ser de otra manera si se repara en los efectos jurídicos que se asocian al mismo, los que tienen que ver con la temporal asunción de la función legislativa por parte del Gobierno y el virtual poder que de ello se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales. El estado de emergencia puede, en este sentido, autorizar al Ejecutivo a regular materias íntimamente ligadas a la representación política y a la deliberación democrática, como son las relativas al presupuesto y a la imposición de tributos”.

*Se comprende que solo ante hechos sobrevinientes de carácter extraordinario cuyos efectos perturbadores o amenazantes del orden económico, social o ecológico, sean graves e inminentes, y que no puedan enfrentarse mediante los poderes ordinarios del Estado, se pueda acudir al [...] estado de emergencia*⁴⁵.

De este modo el requisito de sobreviniencia exige que los hechos invocados tengan un carácter repentino, inesperado, imprevisto, anormal o extraordinario⁴⁶. Así, los hechos que dan lugar al estado de emergencia “*deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el transcurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales*”⁴⁷.

En este sentido, la jurisprudencia ha advertido sobre la imposibilidad de acudir al estado de emergencia para afrontar problemas *crónicos y estructurales*:

“Una tradición jurisprudencial que se remonta a la Corte Suprema de Justicia ha considerado improcedente el empleo de los estados de excepción para remediar problemas crónicos o estructurales. Además, la simple invocación de un problema estructural no faculta proceder a declarar el estado de emergencia porque el propósito

43 Sentencia C-251 de 2010: “...de la interpretación sistemática de los artículos 215 superior y 2º de la LEEE, se observa que los hechos invocados en la declaratoria del estado de emergencia deben tener una doble calificación, esto es, de sobrevinientes y extraordinarios”.

44 Sentencia C-252 de 2010.

45 Sentencia C-122 de 1997.

46 Sentencia C-670 de 2015.

47 Sentencia C-216 de 1999, reiterada en Sentencia C-670 de 2015.

*de la democracia, en la cual la participación ciudadana reviste vital importancia, está en abordar, evaluar y remediar los problemas que de tiempo atrás afligen al país, y que por distintas causas han alcanzado el carácter de crónicos por la ausencia de una voluntad y solidaridad mínima que busque ponerles fin*⁴⁸. (Se resalta).

Lo anterior obliga a verificar entonces en el caso analizado que los hechos invocados sean imprevistos y se aparten de lo común o natural⁴⁹, de modo que no correspondan “a situaciones ordinarias, crónicas o estructurales, de ocurrencia normal y previsible”⁵⁰.

Cabe advertir sin embargo, que lo anterior no significa en modo alguno que los problemas crónicos y estructurales que enfrenta el país “deban quedar huérfanos de consideración por parte de las autoridades”; pues es obligación del Estado atenderlos y resolverlos a través de las potestades ordinarias de regulación e intervención que confiere la Constitución⁵¹.

Y también debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha aclarado que la agudización de problemas estructurales, así estos obedezcan a una compleja patología y deban resolverse por los medios ordinarios de la democracia, “pueden no obstante manifestarse como perturbadoras del orden económico y social”⁵², por lo que “**la agravación rápida e inusitada**” de un fenómeno estructural ya existente “**puede tener el carácter de sobreviniente y extraordinario, por ocurrir de manera inopinada y anormal**”⁵³.

Por todo lo anterior, frente a la exigencia constitucional de sobreviniencia, la Sala recomienda al Gobierno nacional revisar si la crisis social y económica que enfrenta Buenaventura obedece a situaciones imprevistas y extraordinarias o si a pesar de corresponder a problemas estructurales y crónicos, estos presentan una agravación anormal, rápida e inusitada que no puede afrontarse a través de las competencias ordinarias que establecen la Constitución y la ley. Solo si verifica alguna de estas hipótesis sería procedente acudir al artículo 215 Superior.

3.3.2. Presupuesto valorativo

En este presupuesto se debe verificar la gravedad de la afectación al orden económico social y ecológico y la imposibilidad de afrontar la crisis con los mecanismos normativos ordinarios que establece la Constitución. A diferencia del presupuesto fáctico, el presupuesto valorativo no está sometido a un examen objetivo sino de razonabilidad y proporcionalidad⁵⁴, tal como pasa a revisarse.

48 Sentencia C-252 de 2010. Ver también Sentencia C-122 de 1997: “La abundancia y gravedad de los problemas estructurales que gravitan sobre la sociedad colombiana es tal que, con razón, se ha denominado la actual situación, que es la misma del pasado reciente, “anormalidad-normal”. No obstante esa calificación, la mera invocación de un problema estructural, no autoriza la declaración de un estado de excepción, ni que el país entre a ser gobernado de manera ininterrumpida a través de decretos legislativos. Este sería el fin de la democracia. En esta hora, por el contrario, el sentido de la democracia no es otro distinto que el de resolver en su seno los problemas que de tiempo atrás agobian al país y que, por diversos motivos, han adquirido el signo de crónicos y estructurales, no porque lo sean de manera irredimible, sino por falta de una voluntad y una solidaridad mínima para emprender decididamente la senda que lleve a ponerles término”.

49 Sentencia C-135 de 2009.

50 Sentencia C-670 de 2015.

51 Sentencia C-122 de 1997.

52 Sentencia C-122 de 1997.

53 Ver Sentencias C-135 de 2009, C-252 de 2010 y C-670 de 2015.

54 Entre otras, Sentencias C-802 de 2002, C-216 de 2011 y C-670 de 2015.

- **Juicio de gravedad de la afectación**

El artículo 215 de la Constitución Política Superior exige que los hechos que motivan la declaratoria de un estado de emergencia constituyan una perturbación o amenaza de perturbación **grave** del orden social, económico o ecológico en todo o en parte del territorio nacional. Por tanto, la verificación que debe hacerse en este punto sobre la procedencia de la declaratoria de emergencia no recae sobre los hechos que producen la alteración del orden público (presupuesto fáctico), *“sino sobre sus efectos, impactos y consecuencias en la sociedad colombiana en términos económicos, sociales o ecológicos”*⁵⁵.

Según la jurisprudencia el parámetro para determinar la *gravedad de la situación* es el grado de afectación de los derechos de las personas, de modo que solo frente a perturbaciones de gran intensidad a tales derechos es posible acudir al estado de emergencia:

*“[L]os parámetros de medición de la perturbación y la calamidad pública o la amenaza de ellas son los derechos, específicamente, los derechos fundamentales, económicos, sociales y ambientales de los habitantes del país. La gravedad de la perturbación actual o eventual depende del alto grado de afectación de estos derechos subjetivos. Puede ser grande la magnitud o intensidad de unos hechos capaces de generar perturbaciones en el orden social; pero mientras su impacto en el goce de los derechos de la población no sea significativo, no podrá hablarse de una perturbación grave que amerite la declaración de la Emergencia. Así, el ‘juicio de gravedad’ de la perturbación o la calamidad pública –o de la amenaza de ella– ha de expresarse en **la afectación significativa de los derechos a la vida, la integridad física, la subsistencia digna, al trabajo, la propiedad, la salud, la educación, la movilidad y circulación, el ambiente sano, etc.**”*⁵⁶. (Paréntesis fuera de texto, se resalta).

Lo anterior es especialmente importante en el caso analizado, pues comporta para el Gobierno nacional el deber de tener en cuenta el estado de los derechos de los habitantes de Buenaventura y el grado de vulneración de sus necesidades fundamentales.

Asimismo, los hechos generadores del estado de emergencia, a más de ser graves, deben tener la capacidad de transgredir de manera inminente el orden económico, social o ecológico, esto es, *“debe tener la virtualidad de atentar, de poner en serio peligro, de amenazar, de generar un riesgo para esos ámbitos de protección”*⁵⁷. Por tanto, los hechos que se invoquen deben representar *“un riesgo efectivo que puede materializarse en cualquier momento, de un peligro potenciado por su inmediatez temporal”*⁵⁸.

Ahora bien, a diferencia de los elementos fácticos de la declaratoria, sobre los que recae una verificación objetiva, el *juicio de gravedad de la afectación* es subjetivo e implica una

55 Sentencia C-670 de 2015.

56 Sentencia C-156 de 2011, reiterada en Sentencia C-670 de 2015.

57 Sentencia C-802 de 2002.

58 Ibidem.

valoración por parte del Presidente de la República de las circunstancias y de su impacto sobre el orden público, económico y social:

“Se trata de un ‘juicio valorativo’ porque la apreciación de la gravedad de una perturbación no consiste en la mera aproximación a los hechos. Presupone: (i) un concepto establecido de orden público económico, social y ecológico, a partir de la preexistencia de un orden jurídico determinado; y (ii) unas valoraciones históricas sobre el criterio de normalidad y anormalidad propio de la vida social en un tiempo y un lugar determinado. Y supone una definición sobre el nivel de bienestar y atención de que debe gozar la población, para efectos del diseño de medidas que deban adoptarse a través de los poderes de excepción (...) Cuando el Gobierno decreta un Estado de Emergencia, debe contar “con las exigencias y necesidades de la comunidad, [que] lo colocan en una posición privilegiada para determinar el advenimiento de la anormalidad y la adopción de las medidas idóneas para su conjuración” [29]. Esta valoración es indispensable para responderle a la sociedad ante la sobrevinencia de hechos generadores de perturbaciones del orden social”⁵⁹.

Si bien lo anterior supone que el Presidente de la República cuenta con un margen de apreciación (discrecionalidad política) sobre la gravedad de los hechos que originan la declaratoria de emergencia⁶⁰, esto no significa que su decisión pueda ser irrazonable o desproporcional, pues *“tal potestad, en un Estado de Derecho, tiene los límites propios de la función pública: la inadmisibilidad de la actuación arbitraria o contraevidente”⁶¹.*

En este sentido, la apreciación sobre la gravedad de los hechos generadores del estado de emergencia también es susceptible de control de constitucionalidad a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad y de error manifiesto de apreciación:

“A pesar de tratarse de un presupuesto valorativo, ello no impide que la valoración pueda ser objeto de un juicio objetivo que permita determinar si fue arbitraria o fruto de un error manifiesto. Es decir, el hecho que se trate de un presupuesto valorativo no impide su ponderación a partir de las implicaciones objetivas del presupuesto fáctico que generó la declaratoria y de las necesidades de protección que demande el orden económico, social o ecológico. Bajo este marco, el presupuesto valorativo del estado de emergencia da lugar a que juez constitucional realice un juicio objetivo de ponderación con el objeto de determinar si la valoración realizada por el Presidente de la República de la gravedad de los hechos es o no arbitraria y si en ella incurrió o no en un error manifiesto de apreciación”⁶².

En virtud de lo anterior, para superar este *juicio de gravedad* en el asunto consultado, la Sala recomienda al Gobierno nacional hacer una apreciación razonada de los hechos

⁵⁹ Sentencia C-670 de 2015.

⁶⁰ Sentencia C-802 de 2002. Igualmente Sentencia C-156 de 2011: “El entendimiento del ‘juicio de gravedad’ de la perturbación actual o inminente del orden económico, social o ecológico, como un examen con un alto componente valorativo, tiene una consecuencia central: la admisión de un margen importante de apreciación de tal gravedad, en cabeza de la autoridad pública, que dispone de la información necesaria para evaluar la dimensión de la perturbación, encargada de velar por la vigencia del orden económico, social y ecológico y la protección de los derechos de todos los habitantes, vale decir, el Jefe del Ejecutivo nacional”.

⁶¹ Sentencia C-156 de 2011.

⁶² Sentencia C-135 de 2009. Ver también Sentencia C-802 de 2002: “En otros términos: El compromiso jurídico del Presidente de la República en punto de la apreciación de la alteración del orden público es no forzar la naturaleza del presupuesto fáctico para atribuirle implicaciones que no tiene. Por ello, la determinación de si esa apreciación es arbitraria o de si en ella se incurrió en error manifiesto es la herramienta metodológica que debe utilizar el juez constitucional para determinar si el presupuesto valorativo de la declaratoria del estado de excepción concurre y si en razón de él tal declaratoria es compatible con la Carta Política”.

invocados por la comunidad de Buenaventura y de los demás que a su juicio pudieran determinar la eventual declaración de emergencia, con el fin de establecer (i) su gravedad y (ii) el grado de afectación que producen sobre el orden económico, social o ecológico de esa ciudad. Si la afectación es grave y pone en peligro la estabilidad económica, social o ecológica de la ciudad, el requisito constitucional se entenderá cumplido.

- **Juicio de insuficiencia de las atribuciones ordinarias y de la necesidad de medidas extraordinarias**

Si bien la Constitución Política no establece como requisito de procedibilidad de la emergencia social, económica y ecológica o por grave calamidad pública, que se verifique la insuficiencia de las atribuciones ordinarias del Estado, la jurisprudencia constitucional ha derivado dicha exigencia de los principios de necesidad (artículo 11) y proporcionalidad (artículo 13) de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción⁶³.

En este sentido, el juicio de necesidad, o también llamado por la jurisprudencia *test de subsidiariedad*, corresponde a la determinación de si “*las atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales resultan insuficientes para hacer frente a las circunstancias detonantes de la crisis, y por ende se hace necesario recurrir a las atribuciones extraordinarias propias de un estado de excepción constitucional*”⁶⁴.

De este modo, solo se puede acudir al estado de emergencia “*cuando las herramientas jurídicas ordinarias a disposición de las autoridades estatales no permitan conjurar la grave perturbación*”⁶⁵ o, lo que es igual, cuando está acreditada “*la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, descartando que un criterio de eficacia pueda anteponerse al mismo*”⁶⁶.

Según la jurisprudencia este *test de subsidiariedad* se debe aplicar en tres fases que la Sala recomienda seguir por el Gobierno nacional en el asunto consultado: (i) verificar la existencia de medidas ordinarias; (ii) establecer si dichas medidas fueron utilizadas por el Estado; y (iii) determinar la insuficiencia de estas medidas para superar la crisis.⁶⁷

Además, al igual que sucede con el juicio de gravedad, *el juicio de necesidad o test de subsidiariedad* también comporta una prohibición de arbitrariedad y desproporcionalidad, en la medida en que el margen de apreciación presidencial sobre la suficiencia de los medios ordinarios y la necesidad de acudir a potestades extraordinaria no es absoluto ni está por fuera del marco de la Constitución:

“El test de subsidiariedad se configura en las sentencias C-122 de 1999 y C-216 de 1999. Posteriormente, en la sentencia C-135 de 2009, este elemento material del

63 Sentencias C-254 de 2009, C-252 de 2010 y C-670 de 2015, entre otras.

64 Sentencia C-670 de 2015.

65 Sentencia C-135 de 2009.

66 Sentencia C-252 de 2010.

67 Sentencia C-156 de 2011, reiterada en Sentencia C-670 de 2015.

análisis de las declaratorias pasa a denominarse “juicio de suficiencia de los poderes ordinarios de las autoridades estatales” pero sustancialmente sigue consistiendo en la verificación de la inexistencia de mecanismos ordinarios para hacerle frente a la situación que genera la perturbación o la amenaza. El juicio de suficiencia ha seguido aplicándose en todas las sentencias que analizan declaratorias de emergencia, incluidas las más recientes (C-254 de 2009, C-252 de 2009 y C-843 de 2010). Gracias a lo anterior, hay consenso frente al desarrollo del control del requisito de subsidiariedad, partiendo del punto de reconocer que la valoración de la suficiencia o insuficiencia de los mecanismos ordinarios al alcance del Estado le corresponde por al Presidente de la República. Dicha valoración, sin embargo y como ocurre con otros requisitos materiales, no puede ser absoluta ni arbitraria, ‘ya que debe sujetarse al marco normativo de los estados de excepción, conformado por la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la Ley Estatutaria sobre los Estados de Excepción’^{68, 69}.

Por tanto, en el asunto consultado, para determinar la posibilidad de declarar el estado de emergencia económica, social o ecológica en Buenaventura, la Sala recomienda al Gobierno nacional estudiar también hasta qué punto las soluciones que se plantean a través del estado de emergencia no son superables mediante el uso de las herramientas jurídicas ordinarias a su disposición. Solamente si se concluye que los medios ordinarios se encuentran agotados y que el uso de potestades extraordinarias se torna imperioso, el requisito de necesidad estaría cumplido.

Con base en lo anterior, frente al interrogante planteado por el organismo consultante sobre los estándares constitucionales que se deben tener en cuenta para declarar el estado de emergencia económica, social o ecológica en Buenaventura,

LA SALA RESPONDE

La declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica en Buenaventura es procedente si se cumplen los siguientes requisitos:

Presupuesto fáctico

1. Verificación de la existencia de los hechos invocados por la comunidad y de cualquiera otros que el Gobierno nacional considere como generadores de la crisis que afronta la ciudad;
2. Su carácter sobreviniente y extraordinario o si a pesar de corresponder a problemas estructurales y crónicos, estos presentan una agravación anormal, rápida e inusitada que no puede afrontarse a través de las competencias ordinarias que establecen la Constitución y la ley; y

68 Sentencia C-135 de 2009.

69 Sentencia C-156 de 2011. Ver igualmente Sentencia C-670 de 2015.

3. Su diferencia con aquellos hechos que dan lugar a la declaratoria de guerra exterior y de conmoción interior.

Presupuesto valorativo

1. La gravedad de los hechos y el grado de afectación que producen sobre los derechos de los habitantes de Buenaventura y el orden económico, social o ecológico de esa ciudad; y
2. La insuficiencia de las atribuciones ordinarias y la necesidad de medidas extraordinarias para conjurar la crisis que se presenta.

La Sala recomienda al Gobierno nacional que en la valoración de los anteriores presupuestos tenga especial consideración por el estado de vulneración de los derechos fundamentales de los habitantes de Buenaventura y evalúe hasta donde es posible realmente superar esa situación con los medios ordinarios que le concede el ordenamiento jurídico, según lo expuesto en este concepto.

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

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

4. Eficacia de la notificación por aviso y electrónica

Radicado 2316

Fecha: 04/04/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 4 de mayo de 2017

El Departamento Nacional de Planeación consulta a la Sala las inquietudes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre el alcance de los artículos 68 y 69 de la Ley 1437 de 2011 que regulan la notificación por aviso y la notificación electrónica.

I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Departamento presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. Luego de citar el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, señala el consultante que la notificación por aviso es una forma supletoria de poner en conocimiento del interesado los actos administrativos, pues procede en caso de que no pueda hacerse la notificación personal. De acuerdo con el primer inciso de la norma, indica que para que la notificación por aviso surta efectos requiere que: i) se remita el aviso a la dirección, fax o al correo electrónico que figure en el expediente o que pueda obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo, la remisión y entrega del aviso en el lugar de destino; ii) el contenido del acto corresponda a lo previsto en la norma; y iii) se advierta en el aviso que la notificación se considera realizada al finalizar el día siguiente a su entrega.

Sin embargo, el inciso segundo se encarga de determinar el procedimiento a seguir cuando no es posible entregar el aviso y solamente contempló la publicación en la página electrónica de la entidad y en un lugar de acceso al público, en el evento en que “se desconozca la información sobre el destinatario”⁷⁰, pero dejó de lado situaciones que se presentan en el día a día de las notificaciones de las actuaciones administrativas.

2. Manifiesta que el artículo 69 *ibídem* guardó silencio frente al término en que debe enviarse el aviso, pues solo señala que al cabo de los cinco (5) días siguientes al envío de la citación, el aviso se debe remitir sin indicar término alguno, no obstante lo cual el vacío no puede dar lugar a que la remisión pueda efectuarse en cualquier momento.

Sobre el tema la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha señalado en concepto unificado SSPD No. 1 de 2016 que es al día siguiente de finalizar el quinto día, esto es el sexto día, cuando debe enviarse el aviso⁷¹. No obstante, cabe igualmente la

⁷⁰ Artículo 69, inciso 2º Ley 1437 de 2011.

⁷¹ “Constituyendo entonces un deber para la administración el de dar atención a las peticiones y siendo la notificación un atributo intrínseco de la actuación administrativa desarrollada para tal fin, el recurso a la aplicación de los principios de la actuación administrativa consagrados en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 debe tomarse como obligatorio, en especial aquellos referidos al debido proceso, responsabilidad, transparencia, publicidad, eficacia y celeridad; los cuales suponen la brevedad en el envío del mencionado aviso; y permiten afirmar que el envío del aviso debe hacerse de manera inmediata o en el menor tiempo posible. Así las cosas, en principio, ante la inexistencia de un término legal

posibilidad de que por efectos de la regulación de una materia semejante sobre aplicación el artículo 68 *ibídem* respecto del término de cinco (5) días para enviar la citación para notificación personal, atendiendo lo previsto en el inciso 2º del artículo 30 de la Ley 57 de 1887 y artículo 8 de la Ley 153 de 1887, ya que el artículo 68 regula la citación para que el interesado acuda a notificarse personalmente, y el artículo 69 *ibídem*, trata del envío y entrega del aviso para notificar por aviso al interesado ante el fracaso de la notificación personal.

Considera además la Superintendencia, por efectos prácticos y dado que la notificación por aviso comprende la elaboración del aviso con el cumplimiento de los requisitos de ley, su envío a la dirección, fax o correo electrónico, y su entrega al usuario; aspectos que involucran una actividad operativa coordinada y demandan tiempo, que el término del aviso es el previsto en el artículo 68 *ibídem*.

Sin embargo a criterio del Departamento Nacional de Planeación el vacío no puede llenarse con el término previsto para el envío de la notificación personal, teniendo en cuenta que el aviso constituye propiamente una forma de notificación, al paso que el envío de la citación es apenas uno de los requisitos para que se logre la notificación personal, luego se trata de escenarios distintos porque en aquel se está informando de la necesidad de que el interesado se notifique y por ello los plazos son más amplios, mientras que en el aviso ya se está en el proceso de notificación y se debe obrar con mayor diligencia, por ello al día siguiente de su entrega se entiende notificado por aviso con efecto *perentorio*.

Por otro lado, manifiesta el consultante que la notificación por aviso está prevista en el Código de Procedimiento Civil como un tipo de notificación subsidiaria frente a la notificación personal, sin consignar un plazo expreso pero en la práctica se adelanta en un término razonable, el cual resulta de difícil aplicación en materia administrativa teniendo en cuenta que la Superintendencia obra como autoridad administrativa con funciones de inspección, vigilancia y control, luego debe observar el principio de legalidad en todas sus actuaciones, y ante la falta de un término legal concreto se hace inviable su potestad sancionatoria, y frente al vacío legal del artículo 69, mermaría su atribución de control.

Sostiene el DNP que aunque existen casos de remisión a otros regímenes, lo cierto es que son muy puntuales y no puede compararse la agilidad de una actuación administrativa con un proceso o trámite judicial, pues la Ley 1437 de 2011 autoriza la remisión al Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando la actuación lo permita, lo que no se compadece

dispuesto expresamente por la norma, que permita contabilizar el plazo para el envío del aviso, será necesario acudir a los principios rectores de la actuación administrativa, so pena de incurrir en las prohibiciones que de manera general contempla la Ley 1437 de 2011. Sin embargo (...) la entidad no puede ser ajena al hecho de que todos los trámites relativos a la notificación hacen parte del núcleo esencial del derecho de petición, prerrogativa de rango constitucional; por lo que ante la inexistencia de norma expresa que disponga de un término para el envío del aviso, caso en el cual resulta obligatoria la remisión a los principios de la actuación administrativa, la garantía de los derechos debe primar ante los defectos de la norma (...). Haciendo entonces una confrontación entre lo que disponía el anterior Código Contencioso Administrativo en relación con la fijación del edicto que vino a reemplazar el aviso, es claro que el artículo 45 refería en los mismos términos que el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011 (...). En ese orden de ideas, la interpretación respecto de la aplicación del artículo 45 del C. C. A., no ofrecía duda alguna; y aunque la dinámica jurídica constantemente permite reevaluar interpretaciones que no se ajustan en un todo a las previsiones estrictas del legislador dando como resultado nuevas teorías del derecho (...) consideramos que ante la posibilidad de afectar el núcleo esencial del derecho de petición ante la ausencia de un término legal establecido, pero dando prelación al principio de la sustancia sobre la forma y el efecto útil de la norma, el plazo de envío del aviso ha de sujetarse al sentido natural y obvio de la expresión 'al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación'; es decir, que al día siguiente de finalizar el quinto (5º) día, esto es, el día seis (6), deberá ser enviado el aviso". Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto unificado No. 1 de 2016.

con el caso planteado que puede resolverse a la luz de los principios del procedimiento y la actuación administrativa.

3. Expresa el consultante que cobra especial relevancia el momento en que se considera surtida la notificación por aviso, en la medida en que la indeterminación de dicho plazo puede afectar la garantía del debido proceso. Así, el artículo 69 del CPACA no deja duda al señalar que la notificación se entiende surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso; no obstante, de acuerdo con lo señalado por la Superintendencia existen casos en los cuales, contar con la prueba de entrega del aviso se vuelve imposible, por la necesidad de establecer si la prueba de entrega que exige la norma se refiere a la obligatoriedad del uso del correo certificado y si es posible acudir a la presunción del artículo 10 de la Ley 962 de 2005.

4. El artículo 44 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, disponía la citación por correo certificado cuando no hubiese otro medio más eficaz para informarle al interesado. Así, la norma consideraba el correo certificado como un medio eficaz, pero en los términos del artículo cualquier otro medio que permitiera determinar la fecha en que el interesado se informaba de la actuación para efectuar la notificación personal, sería considerado eficaz.

La Sección Primera del Consejo de Estado⁷² al interpretar el artículo 25 del Decreto 2150 de 1995 señaló que la norma le otorgaba a la Administración Postal Nacional (Adpostal) el carácter de agente o representante de las autoridades públicas para efecto de notificaciones; razón por la cual, el servicio de correo certificado a que se refiere esta disposición solo podía ser prestado por dicha empresa. Hoy en día dicho servicio solo puede ser prestado por la Sociedad de Servicios Postales Nacionales S. A., que se convirtió en el Operador Postal Oficial y actualmente se conoce como 4-72.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 el legislador no consideró necesario el envío de la citación para la notificación personal a través de correo certificado ni de otro tipo de actos, pues su artículo 68 señala que si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado se le remitirá una citación. De esta forma considera la Superintendencia que el uso de otros medios de envío no quedó restringido por la norma y, en consecuencia, se entiende que cualquier medio es posible siempre que cumpla con los requisitos tales como: control de la prueba de entrega del envío que se consigna en un documento en el que conste un número de orden, fecha, hora de entrega, firma e identificación de quien recibió, aunado a una entrega muy rápida.

Señala que el artículo 43 del Decreto Ley 19 de 2012 incorporó una nueva disposición en materia de notificaciones para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y los prestadores de servicios públicos domiciliarios respecto de las decisiones sobre los recursos interpuestos por los usuarios en desarrollo del contrato de condiciones uniformes, señalando que estas se enviarán por correo certificado o por correo electrónico y que debe quedar constancia en el expediente.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 13 de marzo de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-2000-1000-01(8321).

A juicio del consultante y a pesar de que la norma citada exige que la comunicación para notificar la decisión de los recursos sea enviada por correo certificado o correo electrónico, el CPACA no contempla la exigencia de que las citaciones para notificar los actos de carácter particular u otro tipo de documentos deban enviarse por correo certificado, de lo que se infiere que el aviso no debe ser enviado exclusivamente a través de esta modalidad de correo. Ello sumado a que tanto el artículo 43 del Decreto Ley 19 de 2012 como el artículo 159 de la Ley 142 de 1994, disponen que la notificación debe hacerse de conformidad con el Código Contencioso Administrativo.

De acuerdo con lo expuesto por la Superintendencia, acogiéndose a la prevalencia de la Ley 142 de 1994, sostiene que no es posible considerar que se modificó o derogó el artículo 159, ya que de acuerdo con el artículo 186 *ibídem* no se entenderá que dicha ley “resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando estas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria”⁷³.

Para la Superintendencia es claro que si el artículo en mención expresamente consagra que “La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo”⁷⁴, haciendo una remisión al procedimiento administrativo establecido en la Ley 1437 que dispone que para la notificación de las decisiones que pongan fin a una actuación administrativa se requiere el envío de una citación, sin que deba ser por correo certificado, evidentemente se desconoce el procedimiento y las normas del trámite administrativo, razón por la cual deberá aplicarse con preferencia el artículo 159 de la Ley 142 de 1994 y por tanto enviarse la citación por cualquier medio eficaz para notificar tanto las respuestas a las peticiones como las decisiones de recursos, situación que se predica para el envío del aviso.

Entonces en opinión del DNP es posible utilizar cualquier medio eficaz, siempre que cumpla con los requisitos reconocidos por el Consejo de Estado⁷⁵ tales como, control de prueba de entrega del envío, número de orden, fecha, hora de entrega, firma e identificación de quien recibió aunado a una entrega muy rápida.

5. La Ley 962 de 2005⁷⁶ hace obligatoria la observancia de los principios rectores de la política de la racionalización, estandarización, y automatización de trámites. El artículo 1º señala de manera expresa que aplica a los trámites y procedimientos de la Administración Pública y de las empresas de servicios públicos domiciliarios de cualquier orden y naturaleza, entre otros, razón por la cual no hay duda que dichas empresas deben atender dicha normativa.

73 Artículo 186, Ley 142 de 1994.

74 Artículo 159, Ley 142 de 1994.

75 “La interpretación de la norma permite decir que esta le da a la Administración Postal Nacional el carácter de agente o representante de las autoridades públicas para los efectos señalados, y que el correo certificado a que se refiere está a cargo de esa empresa, regulado por el artículo 5º del Decreto 229 de 1995, según el cual es una clase de los servicios especiales de correo previstos, entre los que se señalan además los de entrega inmediata, expreso, acuse de recibo y otros. Por consiguiente, no puede considerarse como tal el servicio de correo prestado por empresas privadas de mensajería (...). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 13 de marzo de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-2000-1000-01(8321).

76 “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”.

El artículo 10 *ibidem*, por medio del cual se modificó el artículo 25 del Decreto 2150 de 1995 impone a las entidades de la administración pública el deber de facilitar la recepción y envío de documentos por correo certificado y por correo electrónico. Asimismo, ordena que no se pueden rechazar o inadmitir solicitudes o informes que se hayan recibido por correo dentro del país y establece la fecha en que se entienden presentadas para efectos del cómputo de los términos de respuesta. Dispone igualmente que las solicitudes enviadas por correo y que se formulen a los administrados o usuarios deben responderse dentro del término que señale la comunicación, el cual se cuenta a partir de la fecha de recepción en el domicilio del destinatario y, cuando no sea posible establecerla, se aplica la presunción allí prevista. La norma también establece que solamente es válido el correo certificado cuando la dirección esté correcta y claramente diligenciada.

Según la Superintendencia del artículo en mención pueden señalarse las siguientes consideraciones:

- i) El espíritu de la norma busca que las entidades suministren la posibilidad de usar tanto el correo certificado como el correo electrónico, pero no de manera restrictiva, porque si el estatuto antitrámites obedece a la racionalización de trámites, su facilidad en la utilización supone la existencia de otros medios.
- ii) El contenido del inciso 4° referido a la presunción de recepción de un documento alude a las solicitudes formuladas por los administrados o usuarios⁷⁷ que a) sean enviadas por correo y b) deban ser respondidas por ellos dentro del término que la comunicación señale. Se trata de solicitudes y de requerimientos que el usuario debe atender, delimitando así la presunción de recepción a este tipo de documentos.
- ii) La presunción de recepción del documento por correo certificado opera cuando no sea posible establecer la fecha de su recepción en el domicilio del destinatario siempre que la dirección “esté correcta y claramente diligenciada”.
- iv) Bajo una interpretación exegética, las respuestas a peticiones relacionadas con la negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que expida la empresa de servicios públicos, cuya fecha de recepción no pueda ser establecida y se hayan enviado por correo certificado, si no contienen una “solicitud formulada al usuario” para que sea atendida por este, no podrían ser objeto de la presunción.
- v) Debe aludirse a la aplicación de dicho estatuto ya que se encuentra dirigido, entre otros, a las empresas de servicios públicos domiciliarios.
- vi) La Ley 1437 no consideró necesario el uso del correo certificado, ni siquiera en la citación para la notificación personal, por lo que el uso de otros medios no

⁷⁷ El artículo 10, inciso 4° de la Ley 962 de 2005, dispone: “Las solicitudes formuladas a los administrados o usuarios a los que se refiere el presente artículo, y que sean enviadas por correo, deberán ser respondidas dentro del término que la propia comunicación señale, el cual empezará a contarse a partir de la fecha de recepción de la misma en el domicilio del destinatario. Cuando no sea posible establecer la fecha de recepción del documento en el domicilio del destinatario, se presumirá a los diez (10) días de la fecha de despacho en el correo”.

se encuentra restringido y es posible que las empresas hagan uso de esos otros medios.

- vii) El artículo 43 del Decreto Ley 19 de 2012 está dirigido a la Superintendencia de Servicios Públicos y prestadores de servicios públicos domiciliarios y señala que aun cuando la decisión sobre los recursos interpuestos por los usuarios en relación con el contrato de condiciones uniformes debe efectuarse a través de comunicaciones enviadas por correo certificado o electrónico, ello debe hacerse con base en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir la citación para notificación podría efectuarse a través de cualquier medio eficaz.

En opinión de la Superintendencia de Servicios Públicos y pese a que la Ley 962 de 2005 junto con sus modificaciones se encuentra vigente, el Decreto Ley 19 de 2012 es posterior y contiene una norma especial en materia de notificaciones de servicios públicos domiciliarios, lo que hace que en virtud de la especialidad tendría prelación dicho decreto y por remisión expresa de la Ley 1437 de 2011.

6. Respecto de la publicación del aviso, el DNP informa que la Superintendencia emitió concepto unificado en el que señala que⁷⁸:

“Por regla general el aviso debe ser enviado y/o remitido al interesado, no obstante el inciso 2° del artículo 69 distingue una única excepción en los siguientes términos: ‘Cuando se desconzca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se entenderá surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.’

En los términos de la norma, la publicación del aviso procede en los casos en que se desconzca la información del destinatario; sin embargo aunque su alcance pareciera ser claro bajo una interpretación conforme con el sentido natural de las palabras, lo cierto es que para el sector de los servicios públicos podría comprender innumerables situaciones frente a las cuales el contexto resulta confuso, en la medida en que el sentido de la norma no las contempla.

En efecto podrían presentarse situaciones como las siguientes:

- i) *Que el inmueble o –predio–, como comúnmente lo denominan las empresas postales, se encuentra cerrado, no hay nadie en el predio o predio desocupado.*
- ii) *Que la dirección no existe o está incompleta.*
- iii) *Fuerza mayor, como por ejemplo la identificación de una zona de alto riesgo o de difícil acceso.*

⁷⁸ La consulta no cita ningún dato que identifique el concepto.

- iv) *Aviso rehusado.*
- v) *La comunicación no ha sido reclamada en la dirección informada por el peticionario.*
- vi) *El peticionario no reside en la dirección informada por él.*
- vii) *No se cuenta con dato alguno de notificación.*

La totalidad de circunstancias como las anteriores no pueden ser equiparadas al desconocimiento de la información sobre el destinatario y, en consecuencia, quedan por fuera del marco normativo previsto en el inciso 2° del artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, impidiendo así, contar con plena seguridad jurídica para adoptar decisiones tanto para las empresas como para la entidad en materia de notificaciones y vigilancia y control sobre los prestadores.

(...) el desconocimiento de la dirección del destinatario no recae únicamente en el hecho de no conocer la dirección; pues resulta claro que pueden acaecer situaciones que dan lugar a la ignorancia de la misma, bien sea porque luego de enviado el aviso a la dirección de notificación proporcionada por el interesado es devuelta por la empresa de correo argumentando que ya no vive en ese lugar o porque la dirección es errónea o no existe y, en consecuencia, se ignora la dirección del interesado. No obstante, debe tenerse la certeza del desconocimiento de la dirección en cada caso concreto, para lo cual debe obrar constancia o certificación de la empresa de correos en el expediente.

De este modo, de los casos expuestos, los siguientes podrían configurar el desconocimiento de la dirección:

- i) *La dirección no existe o está incompleta.*
- ii) *El peticionario no reside en la dirección informada por él.*
- iii) *No se cuenta con dato alguno de notificación.*

(...) la Superintendencia ha considerado que en aras de garantizar la notificación es procedente la publicación del aviso en la página electrónica de la entidad y en todo caso en un lugar de acceso al público.

“En principio no sucede lo mismo con las demás situaciones planteadas, tales como:

- iv) *Que el inmueble o –predio–, como comúnmente lo denominan las empresas postales, se encuentra cerrado, no hay nadie en el predio o predio desocupado.*
- v) *Fuerza mayor, como por ejemplo la identificación de una zona de alto riesgo o de difícil acceso.*
- vi) *Aviso rehusado.*

vii) *La comunicación no ha sido reclamada en la dirección informada por el peticionario.*

Lo anterior encuentra explicación en que las tres primeras, e inclusive la relativa a la ‘fuerza mayor’ son situaciones que justifican las condiciones de acceso, bien sea al predio o al interesado, pero en ningún caso suponen el desconocimiento de la dirección, ya que bajo tales supuestos la dirección es la que aportó el interesado o, en su defecto, corresponde a aquella que figure en el expediente o pueda obtenerse del registro mercantil.

Incluso, en tratándose de ‘La comunicación no ha sido reclamada en la dirección informada por el peticionario’, la imposibilidad de la notificación no obedece a razones imputables a la empresa, sino al interesado, aspecto que no implica el desconocimiento de la dirección, como requisito para la publicación, tal como sucede con el ‘aviso rehusado.’

Ante estas situaciones, es claro que habiendo activado el interesado el andamiaje de la administración, es apenas consecuente que su ‘interés’ se concentre en la debida atención para obtener una respuesta oportuna y de calidad; luego su negligencia en la recepción del aviso no puede afectar los términos de notificación previstos y hacer imposible la culminación de la actuación.

...si bien, con anterioridad esta superintendencia de manera general y respecto de aquellas situaciones que no comportaban como tal un desconocimiento de la dirección, había indicado inicialmente que para lograr la notificación por aviso, la remisión del mismo debía hacerse las veces que fueran necesarias hasta lograr la notificación, o, posteriormente, dependiendo de la razón de la devolución del aviso, intentarse nuevamente la remisión del aviso a la dirección suministrada por el interesado, o en su defecto, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, lo cual supondrá una debida diligencia y se tendría por hecha la notificación al día siguiente de aquel en que la administración a través de la empresa postal intentó entregar el aviso, para lo cual debería obrar constancia de la devolución del mismo; lo cierto es que no es posible darle unos efectos a la notificación cuando en realidad esta no se surte, pues finalmente la devolución del aviso no acredita el conocimiento de la decisión administrativa por parte del administrado.

Además de suponer unos costos administrativos de mensajería adicionales que previamente no pueden ser presupuestados tanto por las empresas prestadoras como por, inclusive, la misma entidad, cuando por las empresas postales, los avisos son devueltos e interpretar unos efectos frente a una notificación presunta, se hace nuevamente necesario acudir al efecto útil de la norma y la prelación que guarda el derecho sustancial sobre el procesal.

...con el fin de lograr una efectiva notificación por aviso, se hace necesario señalar que en casos que no obedecen estrictamente al desconocimiento de la información del destinatario, habiendo enviado el aviso a la dirección suministrada por el interesado, o en su defecto, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, lo cual supondrá una debida diligencia y con el fin de salvaguardar el objeto de la notificación que no es otro que poner en conocimiento del interesado la decisión

administrativa y garantizar los derechos que se derivan del principio de publicidad, tales como el de contradicción y de defensa, una vez devuelto con su correspondiente constancia expedida por la empresa postal, independiente del caso de que se trate ‘el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso’”.

7. Del contenido del artículo 56 de la Ley 1437 de 2011 que regula la notificación electrónica, se entiende con claridad que el medio electrónico constituye otra forma de notificar personalmente, pero a través de la dirección electrónica suministrada por el interesado, siempre que así lo haya aceptado previamente. La notificación se entiende surtida en la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, circunstancia que debe certificar la administración, en condición de autoridad notificadora.

Al decir de la Superintendencia tanto el acceso al acto administrativo como la certificación son aspectos tecnológicos, ya que suponen la utilización de una plataforma o servidores de correo electrónico que permiten confirmar o registrar la recepción del acto administrativo o del mensaje de datos, con la misma validez de un envío a través del servicio postal. El artículo 2º de la Ley 527 de 1999 encargó a las entidades de certificación la emisión de los certificados relacionados con el registro y transmisión de mensajes. De esta manera considera esa entidad que solo las autoridades de certificación están autorizadas para emitir el certificado que exige el artículo citado, razón por la cual cuando la norma requiere la certificación emitida por la autoridad respecto de la fecha y hora en que el administrado accedió al acto administrativo, debe acudir a las entidades autorizadas por la ley para cumplir esa función, siempre que se trate de entidades certificadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, Organismo Nacional de Acreditación, según Decreto 1747 de 2000.

De otro lado a pesar de que las normas relacionadas con el uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas vienen desde hace tiempo y el CPACA implementó un procedimiento administrativo electrónico, señala la Superintendencia que en la práctica el desarrollo sectorizado de las tecnologías informáticas no permite garantizar a todas las personas o administrados la igualdad de acceso, en la medida en que las actuaciones a través de medios electrónicos exigen la utilización de mecanismos técnicos cuya eficacia depende de su funcionalidad entre remitente y destinatario, así como las condiciones sociales, culturales y económicas de la relación: administración-administrado que no todas las veces son iguales. De esta manera hasta que no se incorpore en forma gradual y uniforme la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, no es posible garantizar la eficacia de la notificación electrónica.

Continúa la Superintendencia señalando que aun cuando las entidades de certificación según el artículo 32 de la Ley 527 de 1999 tienen el deber de “Emitir certificados conforme a lo solicitado o acordado con el suscriptor”⁷⁹, el artículo 33 de la ley también faculta

79 Literal a), artículo 32 Ley 527 de 1999.

tanto a la entidad como al suscriptor para terminar en forma unilateral el acuerdo de vinculación, ante un eventual incumplimiento de las obligaciones de las partes, por ejemplo la relacionada con la certificación, sea por falta de medios tecnológicos que permitan garantizar la transmisión y recepción del mensaje. Así, ante la falta de mecanismos informáticos que permitan certificar la fecha y hora de acceso al acto administrativo por parte del administrado, dadas las condiciones tecnológicas, el artículo 20 de la ley citada permite utilizar la figura del acuse recibo⁸⁰.

Manifiesta el DNP que de la interpretación de la norma puede colegirse que los efectos del acuse de recibo del mensaje de datos pueden extenderse o equipararse a los de la notificación de un acto, siempre que esto se haya acordado de manera previa a la recepción del mensaje de datos, ya sea a través de solicitud o por acuerdo entre destinatario e iniciador. Sin embargo al aplicar de manera absoluta este criterio los efectos del acto quedarían sujetos a la voluntad del interesado. Sostiene además que a pesar de que la norma se encuentra referida a la recepción del mensaje de datos, más no a los documentos adjuntos al mensaje, el artículo 62 de la Ley 1437 de 2011, al regular la prueba de recepción y envío de los mensajes como aspecto a tener en cuenta en la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, se refiere exclusivamente al mensaje de datos sin aludir a los documentos anexos y el acceso a los mismos⁸¹.

Señala el DNP que si bien la norma se refiere a la prueba de recepción y envío de comunicaciones que pueden ser mensajes de datos y conforme lo señala el tratadista Enrique José Arboleda Perdomo si las entidades de certificación pueden emitir certificados en que conste la fecha y hora en que un documento ha sido: i) creado, ii) enviado y iii) recibido en un sistema de información “es obvio que si el mensaje de datos que contiene el acto administrativo que se pretende notificar ha sido recibido por el destinatario, a partir de ese momento este tiene acceso al mismo, de manera que es en dicho momento que se da por efectuada la notificación⁸²”.

Continúa señalando el consultante que ante la falta de mecanismos legales y electrónicos que permitan habilitar por parte de las entidades de certificación o la misma administración la certificación de la hora y fecha en que el administrado accedió al acto administrativo y hasta tanto el Gobierno nacional establezca los estándares y protocolos, que deben cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, según lo previsto en el artículo 64 de la Ley 1437 de 2011, la notificación electrónica podría entenderse surtida

80 Señala el artículo 20 de la Ley 527 de 1999 que: “Si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos”.

“Si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquél ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo”.

81 Dispone el artículo 62 de la Ley 1437 de 2011 lo siguiente: “Para efectos de demostrar el envío y la recepción de las comunicaciones, se aplicaran las siguientes reglas: 1. El mensaje de datos emitido por la autoridad para acusar recibo de una comunicación, será prueba tanto del envío hecho por el interesado como de su recepción por la autoridad. 2. Cuando fallen los medios electrónicos de la autoridad, que impidan a las personas enviar sus escritos, peticiones o documentos, el remitente podrá insistir en su envío dentro de los tres (3) días siguientes, o remitir el documento por otro medio dentro del mismo término, siempre y cuando exista constancia de los hechos constitutivos de la falla del servicio”.

82 Arboleda Perdomo, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Primera Edición. Editorial Legis, 2011. P. 95.

con la certificación de recibido del mensaje de datos que contiene adjunto el acto administrativo enviado por ese medio, pues si bien es posible que en la actualidad algunas entidades presten el servicio de notificación electrónica certificada, lo cierto es que tal actividad únicamente contempla el envío, recibido y apertura del mensaje de datos, conocido como correo electrónico, sin que exista la acreditación de la apertura o descarga del documento anexo a dicho mensaje.

Sin embargo, manifiesta que el Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2015⁸³ ha señalado que la notificación electrónica se “entiende surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo”, sin que se tenga claro el alcance de la certificación requerida a la administración. Con base en dicho criterio resulta necesario que el Gobierno nacional establezca los estándares y protocolos que deben cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, en cuanto a lo que a la actuación administrativa corresponde, pues aunque el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones preparó un proyecto de decreto en el año 2013, este no fue expedido y, por tanto, aspectos como la “copia íntegra, auténtica y gratuita del acto” tratándose de notificación electrónica, exigirían la expedición de un acto administrativo electrónico que debe gozar de los atributos propios previstos por la Ley 527 de 1999, razón por la cual la notificación electrónica se surte cuando es enviado el mensaje de datos que contiene adjunto el acto administrativo.

Ahora, señala el consultante, salvo reglamentación del Gobierno en la materia, si la notificación electrónica es una modalidad de notificación para dar cumplimiento a la notificación personal a través de la entrega del acto administrativo con las exigencias previstas en la ley, resulta consecuente con el procedimiento electrónico que no se haga necesario el envío de una citación para efectos de surtir la diligencia de notificación personal con concurrencia del interesado en la sede de la entidad, puesto que el procedimiento virtual suple la necesidad de la presentación personal de manera física. Así, si el administrado aceptó la notificación electrónica como forma de ponerle en conocimiento la decisión administrativa, bastará con enviar a la dirección de correo electrónico el acto administrativo, pero cumpliendo con los presupuestos propios de la notificación personal a través de la diligencia de presentación personal, esto es “copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo”⁸⁴.

Indica además que la Ley 1437 no estableció un plazo o término para enviar la decisión administrativa por correo electrónico; sin embargo, según el artículo 69 el medio electrónico constituye una modalidad de notificación personal y atendiendo lo señalado por el Consejo de Estado “tal alternativa no puede ignorar del todo los requisitos atrás mencionados” refiriéndose a los atributos de la copia de la decisión, a juicio de la Superintendencia si con ocasión de la naturaleza del procedimiento administrativo no es necesario el envío

83 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 19 de febrero de 2015, M. P.: María Elizabeth García González. Radicación: 25000-23-41-000-2013-01801-01.

84 Inciso 2°, artículo 67 de la Ley 1437 de 2011.

de una citación en tanto que su objeto es informar la necesidad de comparecencia para la notificación personal, el término previsto para la misma sí sería aplicable para efectos de la notificación electrónica, toda vez que el envío de la citación cede ante el envío del acto administrativo con el fin de que se surta la notificación electrónica, en observancia del procedimiento mismo de la notificación personal previsto en la ley.

Continúa sosteniendo que todos los trámites relacionados con las notificaciones hacen parte del núcleo esencial del derecho de petición, razón por la que aunque no exista disposición expresa que señale un término para el envío de la decisión a través del medio electrónico, se entiende que deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, máxime cuando el reconocimiento de derechos no debe ni puede quedar rezagado ante un defecto de la norma de procedimiento.

Bajo tal interpretación afirma que no se desconoce que la omisión del legislador al establecer un término para el envío del acto administrativo por medio electrónico se justifica en el plazo que la misma ley previó para la respuesta a las peticiones, sea la Ley 1437 de 2011 o la Ley 142 de 1994. De este modo si en términos generales para peticiones de información, la ley 1755 de 2015, que modificó la 1437, estableció un plazo de diez (10) días y por su parte el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 en materia de servicios públicos deben responderse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de presentación, resultaría consecuente con la naturaleza del procedimiento electrónico que la administración enviara el acto administrativo que contiene la respuesta dentro de tales plazos e inmediatamente una vez lo expide. Pero si el medio electrónico de notificación es equivalente a un procedimiento físico, lo que supone una forma interna de adelantar la actuación por parte de la administración, los términos de respuesta se ven reducidos ante la necesidad de efectuar los trámites internos y formalidades propias de cada entidad.

En consecuencia, para garantizar las prerrogativas de las partes en la actuación, y entendiendo que el medio electrónico es una forma de notificación personal, resulta aplicable el término previsto en el artículo 68 para el envío del acto administrativo.

Según la Superintendencia, salta a la vista que el artículo 53 de la Ley 1437 de 2011, para efectos eminentemente prácticos, no dispuso nada en relación con si se requiere del envío de la citación para notificación electrónica, así como frente al término para enviar el acto administrativo adjunto.

Con fundamento en lo anterior, el Departamento Nacional de Planeación formula las siguientes **PREGUNTAS**:

a) En relación con la notificación por aviso:

1. *¿Cuál es el término para enviar el aviso, según el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011?*
2. *Si de acuerdo con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, la publicación del aviso en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva*

entidad por el término de cinco (5) días, únicamente es posible cuando se desconozca la información sobre el destinatario, ¿Cómo debe proceder la administración en casos en que el predio o inmueble correspondiente a la dirección proporcionada por el interesado se encuentra cerrado; la dirección no existe o se encuentra incompleta; por fuerza mayor o debido a la identificación de una zona de alto riesgo o de difícil acceso la empresa de correo no puede efectuar la notificación por razones de seguridad o accesibilidad; el aviso es rehusado por la persona; o en otros casos similares que no configuran el desconocimiento de la información del destinatario y no fueron contemplados por el legislador?

3. *¿La situación de desconocimiento de la información o dirección del destinatario a que hace referencia el artículo 69 se configura en los casos en que luego de enviado el aviso a la dirección de notificación proporcionada por el interesado, aquel es devuelto por la empresa de correo argumentando que el destinatario ya no vive en ese lugar, la dirección es errónea o no existe y, en consecuencia, se ignora la dirección del interesado?*
4. *¿Cómo debe notificarse una decisión administrativa cuando no hay certificación de la entrega en el lugar de destino?*
5. *De acuerdo con las normas sobre notificación contempladas por la Ley 1437 de 2011 ¿Es obligatorio para las entidades que fungen como autoridades administrativas el uso del correo certificado para enviar las citaciones, a la luz de lo señalado en el artículo 68 ibídem que dispone ‘Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado’?*
6. *¿Qué debe entenderse por un medio eficaz de envío de citaciones? ¿Qué requisitos debe cumplir la prueba de entrega de tales medios? ¿Tendría pleno valor probatorio?*
7. *Teniendo en cuenta que la determinación de la fecha de recepción del aviso o de citaciones es determinante para efectos del cómputo del término para interponer recursos por parte del interesado, ¿La aplicación del artículo 10 de la Ley 962 de 2005 está limitada únicamente al caso en que se trate de ‘solicitudes formuladas a los administrados o usuarios’ que sean enviadas por correo y deban ser respondidas por ellos dentro del término que la comunicación señale, o, por el contrario debe ser aplicada de manera general a todas aquellas respuestas que emita la administración?*
8. *¿Es aplicable la presunción señalada en el artículo 10 de la Ley 962 de 2005, aun cuando el artículo 43 del Decreto Ley 19 de 2012, también norma antitrámites, estipula una norma especial de notificaciones en materia de servicios públicos que remite al régimen general contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo?*
9. *¿Es aplicable el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 aun cuando los aspectos no regulados en el CPACA corresponden a vacíos legales en relación con el procedimiento administrativo general y, en consecuencia, a la actuación administrativa?*

b) En relación con la notificación electrónica:

1. *Ante falta de herramientas tecnológicas apropiadas y con el fin de garantizar el debido proceso del interesado, en la medida que no todas las entidades que actúan en condición de autoridades administrativas cuentan con las plataformas tecnológicas para certificar el acceso al acto administrativo, ¿Podría entenderse que hasta tanto el Gobierno nacional reglamente la materia, la expresión: ‘la notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado recibió el mensaje de datos que adjunto contiene el acto administrativo enviado a través de este medio’ hace referencia a la apertura del mensaje de datos que contiene el acto administrativo? Si no fuere el caso, ¿Qué tipo de procedimiento o implementación tecnológica garantiza la certificación del acceso al acto administrativo que se envía?*
2. *Si no es posible efectuar la notificación electrónica bien sea certificando la fecha y hora del acceso al acto administrativo o al mensaje de datos, ¿Cuál sería la notificación supletoria?*
3. *¿La notificación electrónica requiere del envío de una citación?*
4. *¿Cuál es el término con el que cuentan las autoridades administrativas para surtir la notificación electrónica? Si no existe término, ¿a partir de qué momento el interesado puede interponer los recursos?*
5. *¿Cuáles son los organismos de acreditación que están en capacidad de certificar la apertura o descarga del documento anexo al mensaje de datos?*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de responder a los interrogantes realizados en la consulta, la Sala se referirá a: i) la figura de la notificación por aviso y ii) la figura de la notificación electrónica.

a. La notificación por aviso

1) Oportunidad

El antecedente de esta figura se encontraba consagrado en el artículo 45 del anterior Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, el cual regulaba la notificación por edicto en los siguientes términos:

“Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia”.

De acuerdo con el tenor de la norma, es claro que esta forma de notificación estaba regulada en forma subsidiaria y, por tanto, procedía siempre que no se pudiera llevar a cabo la notificación personal. En este evento y luego de transcurridos cinco (5) días

del envío de la citación para llevar a cabo la notificación personal, correspondía a la administración fijar un edicto en un lugar público durante el plazo indicado en la norma y con las formalidades allí señaladas. En relación con la procedencia excepcional de esta forma de notificación se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado⁸⁵ en los siguientes términos:

“La notificación es una actuación mediante la cual el Estado entera al particular de una determinación unilateral respaldada en la supremacía que le confiere la autoridad soberana que le distingue y le separa de los administrados.

Se trata de una garantía y de la manera jurídica de hacer efectivos los derechos por cuanto desde ese momento el particular puede interponer los recursos y ejercer las acciones que la Constitución y la ley consagran a su favor para restablecer el equilibrio perdido en tan desigual intercambio.

Las notificaciones son de varios tipos, lo anterior depende de la naturaleza de la decisión, que es precisamente la que debe darse a conocer al interesado. En términos generales si el administrado ha promovido o participado de alguna manera en la actuación surtida, la Administración debe citarlo para que proceda a notificarse personalmente. Cuando en este caso el llamado oficial no es atendido, la decisión será notificada por edicto, trámite subsidiario que opera al cabo de cinco días del envío de la citación correspondiente (artículo 45 del C. C. A.). Esta clase de interesados están protegidos por la notificación personal que produce, entre otras cosas, la certeza de enterarlos de la providencia.

(...).

En efecto, el artículo 44 del C. C. A. es claro en establecer que las decisiones se notificarán personalmente al interesado, para lo cual, si no hay otro medio más eficaz para citarlo a fin de efectuar tal notificación, se le enviará por correo certificado esa citación dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto, debiéndose anexar al expediente la constancia del envío. (...).

A su turno, el artículo 45 ibídem prevé que solo si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de 5 días del envío de la citación, es cuando cabe fijar el edicto.

Sobre este último, la Sala recuerda que... se trata de una actuación subsidiaria y excepcional de notificar las resoluciones que deciden los recursos, en caso de que el interesado no comparezca a notificarse personalmente”.

Del tenor literal de la norma transcrita y lo señalado en la sentencia citada, es claro que la norma anterior estableció un término perentorio para que el interesado fuera citado a fin de llevar a cabo la notificación personal; luego de transcurridos cinco (5) días del envío de la citación, sin que este hubiere comparecido, correspondía a la administración acudir a la forma subsidiaria de notificación, esto es a la fijación de un edicto en un lugar

⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 30 de octubre de 2014, M. P.: Marco Antonio Velilla. Rad.: 25000-23-24-000-2007-00114-01.

público del respectivo despacho por el término de diez (10) días y con la inserción de la parte resolutive de la providencia a fin de dar a conocer al interesado el contenido de la decisión o acto administrativo para que hiciera efectivos sus derechos de contradicción y defensa.

La norma señalaba expresamente “al cabo de” expresión que de acuerdo con el diccionario de la real academia de la lengua española significa: “Después de”⁸⁶. Entonces debe entenderse que transcurridos cinco (5) días del envío de la citación para que el interesado concurra para llevar a cabo la notificación personal sin que se haya presentado, esto es llegado el día sexto contado a partir del primer día del envío de la citación, correspondía a la administración fijar el edicto en los términos señalados en la norma con el fin de notificar la decisión mediante este mecanismo subsidiario y excepcional.

Corroboró lo anterior, la jurisprudencia de esta corporación que en sentencia del 2 de mayo de 2013⁸⁷, señaló lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984–, las decisiones que pongan término a una actuación administrativa deben notificarse de manera personal, directamente al interesado, o a su representante o apoderado.

La norma en cita, con el propósito de garantizar como mecanismo principal que la notificación del acto se surta de manera personal, previó que, en caso de que no exista un medio más eficaz para adelantar el trámite, se debe enviar al interesado una citación por correo certificado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo anterior y ante la eventualidad de que la notificación del acto, a pesar de haberse surtido el trámite anterior, no pudiera realizarse de manera personal, en el artículo 45 de la misma codificación se dispuso que ‘al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará un edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia’.

Como se observa, la notificación personal del acto administrativo se constituye en la forma preferente para llevar a cabo tal procedimiento, en tanto que garantiza que el sujeto destinatario efectivamente se entere del contenido de la decisión administrativa respectiva y, por ello, solo en los casos en los que la notificación no pueda surtir por esta vía, a pesar de haberse llevado a cabo el procedimiento descrito en el artículo 44 del Decreto 01 de 1984, será posible acudir a la notificación por edicto.(...).

Ahora bien, revisado el expediente se encuentra que el Departamento (...), dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, (...) citó al entonces representante legal de (...) para que se presentara en las instalaciones de la entidad a notificarse personalmente del contenido de la Resolución (...) al tiempo que le

86 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, consultado en página web: www.dle.rae.es, el 30 de noviembre de 2016.

87 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 2 de mayo de 2013. C. P. Hernán Andrade Rincón. Rad., 25000-23-26-000-2000-01772-01 (23949).

informó que en caso de no presentarse dentro de los 5 días siguientes a la fecha de recibo de la citación, se procedería de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 ibídem. Según consta (...) el referido oficio se entregó en las instalaciones de la Asociación (...) el 2 de febrero de 2000 a las 10:00 a. m. (...).

Se halla también demostrado que, una vez vencido el término de 5 días al que se refiere el artículo 44 del Decreto 01 de 1984, plazo que corrió entre el 2 y el 9 de febrero de 2000, el día 10 de ese mismo mes y año se fijó, por el término de 10 días, en la Secretaría de la Oficina de Asesoría Jurídica de la entidad demandada un edicto, por medio del cual se informó que ante “la imposibilidad de notificar personalmente al Representante Legal de (...), de acuerdo con lo consagrado en el Art. 44 del C. C. A., sobre el contenido de la Resolución (...) lo EMPLAZA Y NOTIFICA en legal forma según lo establecido en el Art. 45 del C. C. A., del contenido de ella que en su parte resolutive expresa ...”.

En ese contexto, resulta evidente para la Sala que (...) en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, intentó realizar la notificación de la Resolución (...) de manera personal, sin embargo, este acto no pudo llevarse a cabo, o al menos no existe prueba de ello (...).

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que la notificación del acto, aunque no de manera personal, sí se cumplió en debida forma, pues para ello se atendieron a cabalidad los presupuestos establecidos en los artículos 44 y siguientes del Decreto 01 de 1984, ya que cumplido el término de 5 días siguientes a la fecha en la cual se recibió la citación enviada al representante legal de la Asociación (...), sin que se llevara a cabo la notificación personal, la entidad, atendiendo los parámetros establecidos en el Código Contencioso Administrativo al respecto, fijó un edicto con la información correspondiente y durante el término establecido en la norma para tales efectos”.

Conforme lo señaló de manera expresa el Consejo de Estado, transcurridos los cinco (5) días del envío de la citación por correo certificado sin que el interesado se presentara para llevar a cabo la notificación personal, debía la administración al día siguiente eso es, en el día seis, fijar un edicto en los términos establecidos por la norma para de esta forma llevar a cabo la notificación por edicto, ante la imposibilidad de llevar a cabo la notificación personal. Es así como dicha Corporación manifestó sin ninguna duda, en la providencia en cita, que el término para llevar a cabo la fijación del edicto inicia al día siguiente de que se hayan vencido los cinco (5) días del envío de la citación.

Sin perder de vista lo anterior, se tiene que la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula en el artículo 69, vigente en la actualidad, la notificación por aviso en lugar de la notificación por edicto, en términos similares a los que traía la norma anterior ya que la notificación mediante aviso continúa consagrada en la ley como un mecanismo subsidiario y excepcional de notificación ante la imposibilidad de llevar a cabo la notificación personal.

Así, el texto del artículo 69 del CPACA es el siguiente:

“Notificación por aviso: Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal”.

Sobre el alcance de esta disposición ha señalado la doctrina⁸⁸ lo siguiente:

“El artículo 69 del Código contiene una nueva disposición en miras de reemplazar el mecanismo de notificación por edicto del anterior Código (art. 45). El nuevo Código opta por recurrir al mecanismo de notificación por aviso, mecanismo común en el derecho procesal civil para surtir la notificación cuando no es posible realizar la notificación personal (...).

La notificación por aviso procede cuando no haya podido realizarse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación. En esa medida, es esencial, para la debida notificación por aviso, que se haya agotado lo previsto en los artículos 67 y 68 del Código. Esto significa que el legislador ha otorgado un tratamiento de favor a la notificación personal, en la medida que considera que garantiza de mejor manera que el demandado conozca en forma cierta la existencia del proceso y ejerza su derecho de defensa, pero no la acoge como única, ya que establece el mecanismo de notificación por aviso como subsidiario con el fin de no entorpecer el ejercicio de actividades, funciones y procedimientos de la Administración. Solo en caso de que la notificación personal resulte fallida se podrá acudir al trámite de la notificación por aviso (C.C., Sent. C-738/2004)”.

Como se lee, la disposición hoy vigente mantiene la expresión “al cabo de los cinco (5) días”. Se tiene entonces que de acuerdo con el significado de la expresión “al cabo”, que se comentó atrás, se mantiene la misma línea jurisprudencial señalada por el Consejo de Estado en las sentencias citadas, es decir que transcurridos los cinco (5) días contados desde el envío de la citación sin que el interesado haya comparecido para notificarse en forma personal, corresponde a la administración en el día sexto remitir el aviso o publicarlo en los términos indicados por la norma con el fin de efectuar la notificación por este medio.

88 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y Concordado”, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, junio de 2016, p., 221.

En igual sentido, el doctor Enrique José Arboleda Perdomo, miembro de la comisión de reforma⁸⁹, ha señalado que se debe acudir al aviso al cabo de los cinco (5) días de enviada la citación sin que el interesado se haya presentado, así:

“El primer comentario que es necesario hacer alrededor del artículo 69 se refiere al cambio de la notificación por edicto, que traía el artículo 45 del Decreto Ley 01 de 1984, por la notificación por aviso. Esta forma de notificar se realiza en una de dos situaciones: cuando el interesado no compareciere a notificarse personalmente a pesar de haber sido citado, y cuando se desconociere toda información sobre quien deba ser notificado. El trámite que debe recorrer la autoridad correspondiente para realizar la notificación por aviso a quien no compareciere es el siguiente:

- *Se entiende que el interesado no comparece si pasados cinco días desde el envío de la citación no se ha hecho presente personalmente o por medio de un representante o apoderado en las oficinas de la entidad para la realización de la diligencia de notificación personal.*
- *Se procederá a redactar y enviar un aviso, que no es otra cosa que una comunicación que deberá contener: la fecha del aviso y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino, al cual se le anexará la copia del acto administrativo que se va a notificar.*
- *Este aviso con sus anexos se enviará a la persona que deba ser notificada a la dirección postal, a la dirección electrónica o al fax que obre en el expediente administrativo o que se encuentre en el registro mercantil (...).*

Se entiende realizada la notificación al día siguiente al de la entrega del aviso, fecha que deberá constar en el acuse de recibo postal, en la constancia de envío y remisión del fax, o en la certificación de recibo del mensaje de datos, según el caso”.

Nodebe perderse de vista que la notificación, es un acto que busca poner en conocimiento del administrado una decisión a fin de que este ejerza sus derechos y además para que comience a producir efectos jurídicos; por tal razón, la administración debe enfocar sus esfuerzos a que esta se realice de la manera más rápida a fin de que el interesado conozca el acto administrativo y pueda ejercer sus derechos oportuna y eficazmente⁹⁰. Es

⁸⁹ Enrique José Arboleda Perdomo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis Editores S. A., Bogotá-Colombia, Segunda Edición actualizada 2012, p. 118.

⁹⁰ Sobre el particular manifiesta la doctrina que: “El artículo 67 (...) contiene las reglas principales de la notificación de los actos administrativos de contenido particular. Ante todo, y como se desprende del texto del primer inciso, la notificación es una *diligencia* que consiste en entregar una copia de la decisión a las personas que tengan un interés directo en ella, para que empiece a producir efectos jurídicos. La finalidad, como se dijo, es la de poner en conocimiento de los directamente interesados la existencia del acto jurídico, y tiene las siguientes características: es formal, personal y debe culminar con la entrega de la decisión. Por *formal* debe entenderse que es necesario redactar un escrito, o su equivalente electrónico, en el que se deje constancia por el funcionario notificador de los elementos que lo componen, definidos en el segundo inciso del artículo, salvo cuando las decisiones se adopten en una audiencia, caso en el cual se deja constancia en el acta; *personal* significa que es necesaria la presencia del interesado o representante ante el funcionario notificador, presencia que puede ser por medios electrónicos y que la ley exceptúa cuando la notificación se realiza por aviso ante la imposibilidad de hacerla personalmente, debiendo culminar con la entrega del documento para su entendimiento que, como se dijo, es la principal finalidad del trámite”. Enrique José Arboleda Perdomo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis Editores S. A., Bogotá-Colombia, Segunda Edición actualizada 2012, p. 115.

así como dentro de los principios que guían las actuaciones administrativas consagrados en el artículo 3° del CPACA se encuentran los de eficacia y celeridad, de acuerdo con los cuales las autoridades deben evitar las dilaciones o retardos e impulsar de oficio los procedimientos a efectos de que los mismos se adelanten con diligencia y sin demoras injustificadas.

2. Procedencia de la notificación por aviso mediante publicación en la página electrónica y en un lugar de acceso al público de la entidad

Del texto del artículo 69 de la Ley 1437 de 2011 se advierten dos situaciones reguladas por la norma, así:

- i) La notificación por aviso: Cuando figure en el expediente una dirección, número de fax o correo electrónico, o se puedan obtener en el registro mercantil, caso en el cual se debe remitir el aviso con la copia del acto administrativo a uno de los anteriores destinos.
- ii) La publicación del aviso: Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, caso en el cual se publicará la copia íntegra del acto administrativo en la página electrónica de la entidad y en un lugar del acceso al público de la misma.

La situación a la que se refiere la norma en el primer caso es aquella en la cual la administración conoce una dirección, número de fax o correo electrónico del interesado al cual puede enviarse o remitirse el acto administrativo, o se puede obtener del registro mercantil alguno de estos datos. La efectividad de esta forma de notificación supletoria de la personal radica precisamente en que la administración cuenta con alguno de los datos señalados en la ley que permitan la remisión al interesado del aviso junto con el acto administrativo, a efectos de que este pueda recibir y enterarse del acto administrativo para el oportuno ejercicio de sus derechos.

El segundo evento a que se refiere la norma se presenta cuando no se conoce información sobre del destinatario y, por ende, debe la administración proceder a publicar el aviso con la copia íntegra del acto administrativo tanto en la página electrónica de la entidad como en un lugar de acceso al público de la misma, con lo cual se da publicidad al acto y se surte la notificación mediante estas publicaciones. Al respecto ha señalado la doctrina⁹¹:

“La segunda situación que regula el artículo 69 que se analiza consiste en la notificación por aviso de la persona de quien se desconozca toda dirección o número de fax, para lo cual se procederá de esta forma:

-Se redactará el aviso con el contenido explicado. Además, el aviso deberá advertir que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro de la publicación del aviso.

91 Obra cit., p. 119.

- *Se publicará tanto en la página electrónica de la entidad como en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad.*
- *El lapso de esa publicación será de cinco días.*
- *La notificación se entenderá hecha al día siguiente al de terminación de la publicación, momento en el cual empezará a contarse el término para interponer los recursos, si los hubiere, y para los demás efectos propios de la notificación”.*

En los casos a que alude la consulta, esto es: cuando el predio o inmueble correspondiente a la dirección proporcionada por el interesado se encuentra cerrado, la dirección no existe o está incompleta, el aviso es devuelto por la empresa de correo argumentando que el destinatario ya no vive en el lugar, la dirección es errónea o no existe, son claros ejemplos de que se desconoce la información del interesado, tanto así que no se pudo surtir con éxito la notificación pues no se pudo remitir o entregar el aviso y el acto administrativo respectivo al interesado.

Ahora, es claro que si bien el legislador no puede prever todas y cada una de las múltiples e innumerables situaciones que en la práctica se pueden presentar en materia de notificaciones y que impiden surtir con éxito la remisión del aviso junto con el acto administrativo, lo que si se observa con claridad es que el sentido de la expresión contenida en el artículo 69 *ibídem* “Cuando se desconozca la información sobre el destinatario”, resulta omnicomprendiva de todos aquellos eventos en los cuales la administración no logra surtir la notificación por aviso, ya sea porque los datos que se tienen del interesado están incompletos, o no permiten la entrega del aviso y del acto administrativo, o resultan de imposible acceso.

Cuando se presente alguna de tales situaciones corresponde a la administración acudir al último mecanismo previsto en la ley para llevar a cabo la notificación por aviso mediante la publicación del mismo junto con el acto administrativo por el término de cinco (5) días en la página electrónica de la entidad y en un lugar de acceso al público dado que no fue posible lograr la notificación personal del acto administrativo, ni la remisión del aviso junto con el acto administrativo a un destino porque la falta de información o alguna circunstancia diferente, como las anotadas, lo impidieron.

Es de anotar que esta previsión legal es garantista del debido proceso y los derechos de los administrados dado que exige que en forma previa se hayan agotado los procedimientos allí señalados para surtir la notificación personal y por remisión o envío del aviso antes de ordenar acudir en última instancia a la notificación mediante la publicación en la página electrónica y en un lugar público de la entidad para que el interesado tenga conocimiento de la decisión. Por lo tanto es el último instrumento con que cuenta la administración para llevar a cabo la notificación del acto a fin de no impedir el ejercicio de las funciones administrativas.

En el caso de que el aviso sea rehusado por el notificado es claro que a pesar de haberse adelantado el procedimiento de notificación conforme a la norma, por una conducta del

propio interesado que pretende entorpecer las funciones de la administración, este impide que se surta con éxito la notificación. En este evento se entiende surtida la notificación personal, ya que es por voluntad del propio interesado y su conducta, las que impiden que la notificación se pueda llevar a feliz término, sin perjuicio de la obligación que le atañe a la Administración de dejar constancia en el expediente de lo ocurrido y valerse de los medios que requiera para este fin. Así y a pesar que este caso no corresponde al evento regulado en la norma, el cual se refiere a aquella situación en la cual se desconoce la información sobre el destinatario, se considera más garantista del debido proceso adelantar la notificación por aviso mediante la publicación en la página electrónica de la entidad y en un lugar de acceso al público.

De otro lado, la ley no exige que exista la certificación de la entrega del aviso para otorgar validez a este tipo de notificación, lo que si exige la norma es la constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación, en los siguientes términos:

“En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedara surtida la notificación personal”.

Sin embargo no puede perderse de vista el propósito de estas normas y el efecto de su inobservancia, para señalar que en el evento en que no exista certeza del envío y entrega del aviso, debe proceder la administración a llevar a cabo la notificación por aviso mediante la publicación del aviso y del acto administrativo respectivo en la página electrónica y en un lugar de acceso al público. Sobre este tema, basta traer a colación lo manifestado por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de octubre de 2014 ya citada⁹²:

“La notificación en debida forma asegura que la persona a quien afecta una decisión judicial o administrativa, se halle enterada de su sentido y certeza de en qué momento ha tenido lugar la transmisión oficial de la respectiva información.

En relación con la efectiva prueba de la notificación, esto es, la constancia de envío de la comunicación, es claro que se trata del documento que arroja certeza del procedimiento mismo y del cual se desprende el verdadero conocimiento de la actuación”.

En conclusión, solamente la constancia de envío de la notificación otorga certeza de que se adelantó el procedimiento conforme a la ley y del cual se deriva el conocimiento por parte del interesado de la actuación administrativa, esto es que la notificación cumplió su cometido de enterarlo del acto administrativo respectivo.

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla, en Sentencia del 30 de octubre de 2014, Rad.: 25000-23-24-000-2007-00114-01.

3. Alcance de la expresión “si no existe otro medio más eficaz” contenida en el artículo 68 de la Ley 1437 de 2011, formalidades y requisitos de la prueba

En los antecedentes que culminaron con la expedición del anterior Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984–, se incorporó un texto similar al que fue consagrado en el texto final del artículo 44 de dicha normativa. Es así como en la 6ª versión del proyecto de código presentada el 2 de noviembre de 1983 y redactada por el autor del mismo, doctor Hugo Palacios Mejía con base en la revisión de la Comisión Asesora y en vista de los vacíos que habían quedado en los debates⁹³, se incluyó como artículo 24 del proyecto el siguiente texto:

“24o. Deber y forma de notificación personal. Las decisiones que se adopten para terminar una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, dentro de los diez (10) días siguientes a su expedición.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal puede hacerse de la misma manera.

Si no hay otra forma más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquel haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente”.

El texto final de la disposición quedó recogido en el artículo 44 del C. C. A., el cual mantuvo en términos similares la redacción del inciso tercero, así:

“Artículo 44. Deber y forma de la notificación personal. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquel haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

93 Antecedentes del Código Contencioso Administrativo, Banco de la República, Tomo I, página 405.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si esta es escrita.

En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código”.

Como se lee la norma condicionaba la citación para hacer la notificación personal a que no hubiese otro medio más eficaz para informar al interesado y además exigía de manera expresa el envío por correo certificado de la citación a la dirección anotada por el mismo o a la nueva que figurara para tal fin. Así mismo, ordenaba que la constancia de envío por correo certificado se anexaba al expediente.

Ahora bien, el artículo 68 del CPACA, al regular las citaciones para llevar a cabo la notificación personal, dispone que:

“Citaciones para notificación personal: Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días”.

Como se observa la disposición actualmente vigente conserva la expresión “Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado”, reiterando el condicionamiento previo que traía la norma anterior en el sentido de acudir primero a un medio más eficaz, si lo hubiere; elimina el requisito del envío de la citación mediante correo certificado, pues solo impone el envío de la citación a la dirección sin formalidad alguna; y amplía la posibilidades de envío a un número de fax, a un correo electrónico o los datos que se puedan obtener del registro mercantil.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación lo manifestado por la doctrina⁹⁴, así:

“Cuando la autoridad conoce la dirección postal o electrónica, redes sociales, un número telefónico, de fax, móvil celular u otra seña, procederá a citar al interesado para que concurra a las oficinas de la autoridad a notificarse del acto administrativo correspondiente; si el particular lo hiciere, se adelantará la diligencia descrita en el artículo anterior. Esta citación se debe remitir por el medio más eficaz de que disponga la entidad según el caso, el cual puede ser cualquiera de los anteriormente citados u otro diferente, lo importante es la eficacia de la citación, es decir, que efectivamente llegue a su destinatario.

⁹⁴ Enrique José Arboleda Perdomo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis Editores S. A., Bogotá-Colombia, Segunda Edición actualizada 2012, p. 117.

La citación escrita enviada por correo deja de ser la regla general para volverse el medio de comunicación que se debe utilizar si no hay otro medio más eficaz, como algunos de los enunciados antes. En caso de enviarse una comunicación escrita, se dejará copia de la misma con las correspondientes constancias o certificados del correo, y en los demás casos se hará constar el medio utilizado y el resultado de la acción. La dirección electrónica permite enviar la comunicación para la notificación en los casos en que la persona no haya aceptado ser notificada de esta manera, pero no podrá alegar que la Administración no podía utilizar este medio para enviar la citación para notificarse personalmente, pues la norma que se comenta expresamente obliga a utilizar el medio más eficaz, y dentro de ellos cita la existencia de una dirección electrónica. Si el interesado comparece, la Administración procederá a realizar la diligencia en los términos del artículo anterior, y si no lo hace, se procederá como ordena el artículo siguiente”.

Resulta claro entonces que la ley otorga un amplio margen a la administración a efectos de determinar el medio más eficaz para citar al interesado con el propósito de llevar a cabo la notificación personal sin limitarlo a un medio o formalidad específica⁹⁵; por tanto, corresponde evaluar y establecer en cada caso particular y frente a cada actuación administrativa cuál es el mecanismo más eficaz para hacer la citación distinto a la remisión de la citación a alguno de los destinos señalados en la norma.

De otro lado y frente a la exigencia del correo certificado, se observa que la norma vigente eliminó la formalidad exigida en el código anterior para que se remitiera la citación por correo certificado a la dirección que el interesado hubiese anotado en el expediente, limitándose a exigir el envío de la citación sin formalidades adicionales y ampliando las posibilidades de destino no solo a la dirección del interesado, sino al fax y el correo electrónico, atendiendo la necesidad de incorporar en la legislación las nuevas tecnologías ya reconocidas en otras disposiciones. La norma contempla también la posibilidad de obtener información del registro mercantil para llevar a cabo el envío de la citación.

En consecuencia el legislador eliminó el requisito del correo certificado para el envío de la citación y, a su vez, abrió la posibilidad a otras formas de envío diferentes al correo certificado. Por lo cual es un contrasentido sostener que al eliminar dicha formalidad debe interpretarse que ese “otro medio más eficaz de informar al interesado” se refiere al correo certificado únicamente pues, se reitera, el propósito de dicha expresión contenida en el código anterior y reiterada en la norma actual no es otro que dejar abierta la posibilidad de que se empleen otros medios diferentes para enviar la citación, más aún en estos tiempos en que existen otras alternativas de envío por los avances tecnológicos, por ejemplo, un mensaje de texto o de voz al teléfono móvil celular, un mensaje a las

95 “La Administración tiene cierta flexibilidad en encontrar la mejor manera (el medio más eficaz) para convocar al particular con el fin de que se pueda llevar a cabo la diligencia de notificación personal y cumplir con lo dispuesto en el artículo 67. Sin embargo, el artículo 68 prevé la circunstancia en la cual este medio eficaz no puede determinarse. Esta disposición es similar a la del artículo 44, inciso 3º, pero puntualizando en los mecanismos mediante los cuales debe hacerse la citación con el objeto de que sea más eficaz. A diferencia de lo dispuesto en el anterior Código, el nuevo artículo 68 prevé que si no hay otro medio más eficaz, debe hacerse mediante una citación a su dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. Finalmente, cuando no pueda concretarse ninguno de estos medios de convocatoria o citación, se entenderá como medio eficaz la publicación en ‘la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días’, de manera que el interesado pueda tener conocimiento de la decisión”. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y Concordado”, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, junio de 2016, p., 22.

redes sociales, un chat (ciberlenguaje) etc., cuando la autoridad conoce el número telefónico, de fax, teléfono móvil o celular, o dirección de la red social del interesado. Ahora, nada obsta para que en una determinada actuación, la administración establezca que ese otro medio más eficaz sea el correo certificado, pero tal decisión deberá derivar del respectivo análisis del caso que haga la entidad en la actuación respectiva, porque la citación escrita enviada por correo deja de ser la regla general para convertirse en el medio de comunicación que se debe utilizar ante la inexistencia de otro más eficaz.

Entonces se tiene que en la actualidad y de acuerdo con el tenor literal del artículo 68 del CPACA no se exige el correo certificado para el envío de la citación para la notificación personal, tampoco resulta jurídicamente viable que se considere como “otro medio más eficaz” el envío de la citación por correo certificado, pues como se dejó dicho, la ley eliminó esa formalidad, por lo cual debe interpretarse que el alcance de la expresión “otro medio más eficaz” no es limitativa y permite a la administración el uso de otros medios para el envío de la citación que a pesar de no estar reconocidos de manera expresa en el código, cumplan con el propósito de la citación, esto es que llegue al interesado de suerte que este conozca y se entere de manera rápida de la diligencia y acuda a notificarse de manera inmediata del acto administrativo.

Así, la expresión “Si no hay otro medio más eficaz” que ya estaba contenida en la norma anterior, como se indicó, no es limitativa de su alcance y por lo tanto no puede entenderse sujeta a la formalidad del correo certificado pues, se insiste, la norma vigente no contempla dicha exigencia. La expresión reiterada en el nuevo artículo tiene como propósito dejar un amplio margen de actuación a la administración para que determine si existe otro mecanismo de citación al interesado que cumpla con el requisito de ser más eficaz que aquel contemplado en la norma referente a la remisión de la citación a los destinos allí señalados.

Lo que sí exige la norma es que se deje la constancia de la diligencia de envío de la citación en el expediente, que permita verificar que se remitió la citación por ese otro medio y que esta fue eficaz dado que cumplió con la finalidad de informar al interesado de la existencia de un acto administrativo para que concurriera a su notificación. Por ello debe tenerse en cuenta que la eficacia del medio se predica de los mecanismos que permitan a la administración poner en conocimiento del particular la existencia de una decisión o actuación administrativa de su interés, para que comparezca y se notifique personalmente de ella a fin de haga uso de su derecho de defensa y contradicción, si así lo estima.

De otro lado la ley no establece ningún requisito para la prueba de entrega de la citación por esos otros medios, de manera que no basta con afirmar que se empleó un medio más eficaz sino que debe existir una constancia en el expediente, que otorgue certeza de dicha diligencia, de la recepción por el interesado y del término en el cual se llevó a cabo.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de que la administración acuda a ese “otro medio más eficaz” para enviar la citación y exista una norma especial que regule el tema, deberá darse cumplimiento integral a dicha normativa, tal como sucede en el

caso de los mensajes de datos regulados por la Ley 527 de 1999, en la cual se otorga reconocimiento y validez jurídica a los mismos⁹⁶, y además establece los requisitos que hay que cumplir cuando se requiera que la información deba conservarse en su forma original⁹⁷. Adicionalmente en cuanto al valor probatorio de los mensajes de datos, los artículos 10 y 11 de la citada ley⁹⁸ reconocen que son admisibles como medios de prueba, disponen que su fuerza probatoria es la otorgada por el anterior Código de Procedimiento Civil –hoy Código General del Proceso– a los documentos y por último señalan como criterio para la valoración de la fuerza probatoria, las reglas de la sana crítica y los demás criterios de valoración reconocidos por la ley.

En consecuencia en cualquier evento que se utilice un medio más eficaz para enviar la citación al interesado debe cumplirse con la exigencia de la ley en el sentido de dejar constancia en el expediente, para poder verificar en cualquier momento la eficacia del medio. En cuanto al valor probatorio, deberá acudirse a las normas que regulen esa clase de prueba, según se trate, y aplicar tarifa legal, si la hay, o en caso contrario se dará aplicación a las reglas de la sana crítica y a los demás principios reconocidos por la ley. Igualmente, es necesario establecer si existe una norma especial que reconozca su validez, regule las formalidades que se requieren y establezca el valor probatorio para atenerse a lo que allí se disponga.

4. Alcance y vigencia del artículo 10 de la Ley 962 de 2005

El Gobierno nacional atendiendo la necesidad de optimizar y agilizar los trámites de los particulares ante la administración pública, expidió el Decreto 2150 de 1995⁹⁹. Dentro de sus disposiciones el artículo 25 señaló:

“Utilización del correo para el envío de información. Las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado. En ningún caso se podrán inadmitir las solicitudes o informes enviados por personas naturales o jurídicas que se hayan recepcionado por correo certificado a través de la Administración Postal Nacional, salvo que los códigos exijan su presentación personal.

96 “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. Artículo 5° Ley 527 de 1999.

97 Según el artículo 8° de la Ley 527 de 1999: “Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;

b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original”.

98 Señalan los artículos 10 y 11 de la Ley 527 de 1999 lo siguiente:

“Artículo 10: Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

“Artículo 11: Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

99 Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Para los efectos de vencimiento de términos, se entenderá que el peticionario presentó la solicitud o dio respuesta al requerimiento de la entidad pública en la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expidió con fecha y hora, el respectivo recibo de envío.

Igualmente, los peticionarios podrán solicitar el envío por correo de sus documentos o información requerida a la entidad pública.

Parágrafo.- Para efectos del presente artículo, se entenderá válido el envío por correo certificado, siempre y cuando la dirección del despacho público, esté correcta y claramente diligenciada”.

De acuerdo con el anterior mandato legal se ordenó a las entidades públicas facilitar la recepción y envío de documentos y solicitudes, así como sus respuestas por medio de correo certificado y, señaló categóricamente que no podrán inadmitirse las solicitudes o informes recepcionados por este medio, salvo que los códigos exijan su presentación personal. A su turno, la citada norma estableció la forma de contabilizar los términos y los requisitos para la validez del envío por este medio.

Respecto de la finalidad de esta norma cabe traer a colación lo manifestado por la Presidencia de la República¹⁰⁰:

“El correo certificado, de frecuente utilización por los ciudadanos y las personas jurídicas, como medio de comunicación, adquiere especial importancia en el Decreto 2150 en la medida en que obliga a las entidades a que acudan a este mecanismo tanto para recibir como para enviar documentos, solicitudes y respuestas. Aunque la utilización del correo certificado implica un costo, de todas maneras es menor que el precio que tiene que pagar un ciudadano, en tiempo y en dinero, para cumplir un trámite.

Si en un código se exige la presentación personal, este requisito sigue vigente, de conformidad con el artículo 150 del Decreto 2150/95.

Respecto del vencimiento de términos, se acaba con una antigua discusión: se entenderá que el peticionario presentó la solicitud o dio respuesta a un requerimiento en la fecha en que la empresa de correo (oficial o privada) expidió, con fecha y hora, el respectivo recibo de envío.

Al interesado en obtener un documento o información no se le podrá exigir que concurra personalmente a reclamarla. Si solicita que el envío se haga por correo, la entidad oficial está en la obligación de hacerlo”.

Mediante Decreto 1122 de 1999, por medio del cual se dictaron normas para suprimir, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe, el artículo 19 que modificó el artículo 25, dispuso lo siguiente:

100 Un año del Estatuto Antitrámites. Decreto 2150 de 1995, Presidencia de la República, año 1996, pág., 40.

“Utilización del correo para el envío de información. Las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado. En ningún caso se podrán inadmitir las solicitudes o informes enviados por personas naturales o jurídicas que se hayan recibido por correo certificado.

Para los efectos de vencimiento de términos, se entenderá que el peticionario presentó la solicitud o dio respuesta al requerimiento de la entidad pública en la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expidió con fecha y hora, el respectivo recibo de envío.

Igualmente, los peticionarios podrán solicitar el envío por correo de documentos o información a la entidad pública, para lo cual deberán adjuntar a su petición un sobre al cual se adhiera la estampilla postal requerida.

Parágrafo. Para efectos del presente artículo, se entenderá válido el envío por correo certificado, siempre y cuando la dirección del despacho público, esté correcta y claramente diligenciada”.

No obstante, el decreto en mención fue declarado inexecutable en su integridad mediante sentencia C-923 del 18 de noviembre de 1999 por la Corte Constitucional teniendo en cuenta que operó la figura de la “inconstitucionalidad consecuencial” por la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 120 de la Ley 489 de 1998. Luego, mediante Decreto 266 de 2000, por medio del cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos, se modificó nuevamente el artículo 25 del Decreto 2150 de 1995, así:

“Utilización del correo para el envío de información. Las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado.

En ningún caso se podrán inadmitir las solicitudes o informes enviados por personas naturales o jurídicas que se hayan recibido por correo certificado dentro del territorio nacional, siempre que los escritos reúnan los requisitos exigidos por la ley.

Para los efectos de vencimiento de términos, se entenderá que el peticionario presentó la solicitud o dio respuesta al requerimiento de la entidad pública en la fecha y hora en que la empresa de correo certificado expidió con fecha y hora, el respectivo recibo de envío.

Igualmente, los peticionarios podrán solicitar el envío por correo de documentos o información a la entidad pública, para lo cual deberán adjuntar a su petición un sobre al cual se adhiera la estampilla postal requerida.

Parágrafo. Para efectos del presente artículo, se entenderá válido el envío por correo certificado, siempre y cuando la dirección del despacho público, esté correcta y claramente diligenciada”.

Como se puede observar, esta norma mantuvo con el mismo alcance y algunos cambios literales mínimos, la obligación impuesta a las entidades de la administración pública de facilitar la recepción y envío de documentos por correo certificado. No obstante, mediante sentencia C-1316 de 2000 del 26 de septiembre de 2000, la Corte Constitucional declaró inexecutable en su integridad el Decreto 266 de 2000 desde la fecha de su expedición, por haberse declarado inexecutable la norma que fundamentó su expedición.

Posteriormente, se expidió la Ley 962 de 2005 por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. El artículo 10, por medio del cual se modificó el artículo 25 del Decreto 2150 de 1995, incorporó una disposición similar a las anteriores pero ampliando la obligación a las entidades públicas de recibir información por medio del correo electrónico en los siguientes términos:

“Artículo 25. Utilización del correo para el envío de información. Las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos, propuestas o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado y por correo electrónico.

En ningún caso, se podrán rechazar o inadmitir las solicitudes o informes enviados por personas naturales o jurídicas que se hayan recibido por correo dentro del territorio nacional.

Las peticiones de los administrados o usuarios se entenderán presentadas el día de incorporación al correo, pero para efectos del cómputo del término de respuesta, se entenderán radicadas el día en que efectivamente el documento llegue a la entidad y no el día de su incorporación al correo.

Las solicitudes formuladas a los administrados o usuarios a los que se refiere el presente artículo, y que sean enviadas por correo, deberán ser respondidas dentro del término que la propia comunicación señale, el cual empezará a contarse a partir de la fecha de recepción de la misma en el domicilio del destinatario. Cuando no sea posible establecer la fecha de recepción del documento en el domicilio del destinatario, se presumirá a los diez (10) días de la fecha de despacho en el correo.

Igualmente, los peticionarios podrán solicitar el envío por correo de documentos o información a la entidad pública, para lo cual deberán adjuntar a su petición un sobre con porte pagado y debidamente diligenciado.

PARÁGRAFO. Para efectos del presente artículo, se entenderá válido el envío por correo certificado, siempre y cuando la dirección esté correcta y claramente diligenciada.”

Como se desprende del tenor literal de la norma y atendiendo la necesidad de actualizar la legislación a las nuevas tecnologías, la norma incorporó la obligación para las entidades de la administración pública de facilitar el envío y recepción de documentos,

propuestas o solicitudes junto con sus respectivas respuestas por medio de correo electrónico, manteniéndose dicha obligación respecto de la información enviada por correo certificado, en los mismos términos de la disposición anterior. Igualmente señaló que no se podrían rechazar o inadmitir solicitudes remitidas por correo, entendiéndose tanto el certificado como el electrónico. La exposición de motivos de la mencionada ley, expresa el propósito de la nueva normatividad en los siguientes términos:

“Como se ha expuesto por el Gobierno nacional en diferentes espacios, es necesario construir un Estado comunitario que responda efectivamente a las necesidades de las personas residentes en Colombia y especialmente facilite su relación con la administración pública.

Para ello, el Gobierno se ha comprometido con el desarrollo de estrategias que hagan una realidad los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, celeridad y demás de la Administración Pública, contemplados en la Constitución Política.

Con el fin de fortalecer las relaciones entre el ciudadano y el Estado, y de racionalizar los procedimientos internos de la administración, es necesario fortalecer los mecanismos de mejoramiento de la atención a los ciudadanos; la reducción en tiempo y número de trámites relacionados con los procesos de interacción de la ciudadanía y el Estado; facilitar el acceso permanente a la información por parte del ciudadano, y garantizar el efectivo ejercicio del derecho de petición.

Los procedimientos y trámites innecesarios son factores generadores de corrupción y venalidad, que ofenden la dignidad del ciudadano y cuestionan la legitimidad de la administración pública.

Por ello, en diferentes épocas de la administración se han desarrollado acciones de simplificación de trámites y procedimientos administrativos, que hoy es necesario retomar y actualizar a las condiciones vigentes”¹⁰¹.

Como se advierte, en línea con las diferentes propuestas legislativas lideradas por el Gobierno nacional para racionalizar los trámites del ciudadano ante la administración, eliminar aquellos innecesarios y, promover la confianza entre los ciudadanos y las diferentes entidades de la administración pública, se expidió la mencionada Ley y dentro de sus disposiciones, se modificó el artículo 25 originario del Decreto 2150 de 1995 ordenando a las entidades públicas el uso del correo electrónico y que se permitiera dicho medio para el envío de solicitudes, propuestas y respuestas por parte de los ciudadanos, prohibiendo además rechazar o inadmitir la información que se remitiera por este medio. Así y en línea con las diferentes normas que se habían proferido paulatinamente para reconocer e incorporar a la legislación el uso de los medios tecnológicos se reconoció el uso de las nuevas tecnologías, como lo es el correo electrónico, en esta normativa antitrámites.

101 Gaceta del Congreso Número 342 del 23 de julio de 2003, Exposición de motivos, proyecto de ley 014 de 2003 Cámara.

Precisado lo anterior debe analizarse si a la luz de las disposiciones consagradas en la Ley 1437 de 2011, el mencionado artículo conserva su vigencia. Sobre el tema en la exposición de motivos del proyecto de ley 198 de 2009 Senado que culminó con la expedición de la citada ley se manifestó¹⁰²:

“En el proyecto se realiza un trabajo de codificación y compilación de la legislación sobre temas relacionados con la administración pública, que por la dinámica legislativa se encuentran dispersos. En especial, se incluyeron los relacionados con los esfuerzos de los últimos años para la modernización de la administración y la simplificación y racionalización de trámites. Como resultado de la compilación, se espera facilitar la pedagogía de estas materias que tiene como destinatarios a todas las personas, pero también a funcionarios que se encuentran dispersos en toda la geografía del país, en donde no siempre es viable conocer oportunamente la integridad de la legislación que se produce”.

Sobre este mismo tema valga traer a colación lo expuesto sobre este tema en el Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el cual el Dr. William Zambrano Cetina¹⁰³, miembro de la comisión de reforma, manifestó lo siguiente:

“Para poder cumplir con esa labor de pedagogía a que se hizo referencia en el acápite anterior y para que sirviera de gran marco de orientación para las personas en sus relaciones con la administración, la Ley 1437 de 2011 estaba llamada a cumplir una labor de codificación y sistematización de la legislación sobre el conjunto de temas concernientes al procedimiento administrativo, al tiempo que debía facilitar la labor de simplificación y racionalización de los procedimientos en la línea de numerosas disposiciones dictadas con ese objetivo en los últimos años, así como contribuir a la modernización de esos mismos procedimientos facilitando el uso de las nuevas tecnologías y en particular de los medios electrónicos por y ante la administración.

En este sentido el código en primer lugar se ocupó de i) recoger los elementos generales, propios de un Código como el que se analiza, de una serie de disposiciones expedidas sobre la materia antes y después de la Constitución, que se encontraban dispersos y requerían ser integrados al mismo sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones especiales que encuentren justificada su permanencia en el ordenamiento aun después de su expedición, ii) reordenar algunos temas en un sentido más accesible para el conjunto de destinatarios del Código, iii) llenar algunos vacíos que, como en el caso del régimen sancionatorio administrativo, requerían regulaciones generales a las cuales pudiera acudir la administración ante la ausencia de normas especiales y iv) hacer claridad sobre algunos temas que aun cuando estaban integrados ya al Código vigente, habían sido objeto de interpretaciones diversas por la jurisprudencia y requerían una regulación clara y precisa.

Al respecto cabe recordar efectivamente que diversas normas se habían ocupado de materias de interés para el contenido del Código o materias conexas, por ejemplo, i) la

¹⁰² “Memorias de la Ley 1437 de 2011”, Vol. II, Ministerio de Justicia y del Derecho, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, p., 22.

¹⁰³ “Fundamentos y Objetivos de la Reforma al Libro I del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, pp., 68, 69 y 70.

ley 57 de 1985 ‘Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales’; ii) la ley 87 de 1993 ‘Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en la (sic) entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones, iii) la Ley 190 de 1995 ‘Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan otras disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa’; iv) el Decreto 2150 de 1995 ‘Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, v) la Ley 489 de 1998 ‘Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones’ vi) la Ley 527 de 1999 ‘Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones’; vii) la Ley 962 de 2005 ‘Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

Disposiciones todas enmarcadas dentro de los esfuerzos de modernización administrativa, simplificación de procedimientos y búsqueda de mejoramiento de las relaciones entre la administración y las personas que están en plena concordancia con la filosofía que inspira las regulaciones incluidas en la Ley 1437 de 2011 y que se mantendrán vigentes en cuanto no la contradigan”.

El anterior propósito fue recogido expresamente en el artículo 2º del CPACA, cuando señala el ámbito de aplicación de la ley, así:

“Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades”.

De acuerdo con lo consagrado en la exposición de motivos, lo manifestado por quienes estuvieron a cargo de la redacción del código y lo consagrado en el ámbito de aplicación de la Ley 1437 de 2011, se concluye sin ninguna duda que la intención del CPACA fue precisamente regular en un texto único el procedimiento administrativo y, en consecuencia, derogar aquellas disposiciones que se habían expedido con anterioridad en diferentes cuerpos normativos, dentro de ellas, los estatutos o normas antitrámites proferidas con la finalidad de agilizar los procedimientos de la administración pública, entre ellos, las disposiciones de la Ley 962 de 2005 que, como el artículo 10, ordenaban a las entidades facilitar la recepción de documentos regulaban temas como la utilización del correo certificado y correo electrónico para las entidades públicas.

Sin embargo, la Ley 1437 de 2011 no fue ajena al reconocimiento expreso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el procedimiento administrativo. Es así como desde los principios que deben aplicar las autoridades administrativas a

todas sus actuaciones, los numerales 12 y 13 del artículo 3° de la citada ley¹⁰⁴, incorporan el mandato a las autoridades de optimizar el uso de los recursos e incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Tales numerales señalan:

“12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

“13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.

Sobre este tema el Dr. Luis Fernando Álvarez, miembro de la comisión de reforma, señaló¹⁰⁵:

“Uno de los temas más importantes y aquí ya se explicaba muy minuciosamente, es el tema de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo. Simplemente ustedes pueden observar diez temas fundamentales desarrollados en detalle por el nuevo código, sobre lo que son los medios electrónicos (...) como lo son el tema de acto administrativo electrónico, la notificación electrónica, es decir, es hora de que la administración y los ciudadanos nos metamos en el procedimientos electrónico, ya existen las leyes del mercado electrónico, pero acá estamos consagrando todo un capítulo sobre lo que son los medios electrónicos, es un tema del que quiero que ustedes vayan poco a poco tomando nota porque verdaderamente son temas bien interesantes que van a ocasionar doctrina, jurisprudencia y que es muy importante que desde ya nos vayamos metiendo en esa forma de actuar de la administración y de los ciudadanos, a través de lo que son los medios electrónicos”.

Así, el capítulo IV de la parte primera del CPACA regula de manera integral el uso de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 53. Procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónicos. Los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos. Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

104 Valga destacar lo señalado por la doctrina en punto a estos principios: “...el principio de eficacia se orienta al logro del derecho material discutido en el procedimiento administrativo, mientras que el principio de celeridad se orienta a que las decisiones de la Administración sean ágiles, esto es, que se adopten en el menor tiempo posible. Con ese objeto, la Administración tiene el deber de impulsar oficiosamente el procedimiento y, en general, actuar con diligencia a efectos de que el procedimiento se tramite de manera expedita. Mención especial merece el incentivo al uso de medios tecnológicos para efectos de lograr la agilidad en la adopción de las decisiones, puesto que la norma promueve que se usen las tecnologías de la información y las comunicaciones como mecanismo idóneo para alcanzar la mayor velocidad posible en el trámite de los procedimientos administrativos”. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y Concordado, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, junio de 2016, p., 22

105 Fundamentos y Objetivos de la Reforma al Libro I del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Consejo de Estado y Contraloría General de la República, pp. 33 y 34.

En cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adiciones o modifiquen”.

Al respecto procede traer a colación lo sostenido por la doctrina en relación con esta disposición:

“Los medios electrónicos permiten el cumplimiento de los fines del Estado en concordancia con los principios establecidos en el nuevo Código, en particular, la eficacia, celeridad, economía y la transparencia de la Administración. No existe mejor manera de difundir información a los ciudadanos y de permitir el ejercicio de los derechos que el uso intensivo de las tecnologías de la información (TIC).

Estamos en un proceso de transformación cultural y generacional que exige cada vez más que el Estado utilice los medios electrónicos en su actividad cotidiana. En ese sentido, la reforma es amplia en su alcance al permitir que toda actuación administrativa se pueda realizar utilizando medios electrónicos. (...).

El artículo en comento es neutral desde el punto de vista tecnológico, en el sentido que permite diversas alternativas distintas al uso exclusivo del internet en las TIC en las actuaciones administrativas, como por ejemplo los mensajes de texto, la mensajería en plataformas y redes sociales y las aplicaciones móviles para mensajería electrónica”¹⁰⁶.

A su turno, el artículo 54 siguiente señala como un derecho para los particulares el uso de los medios electrónicos ante las autoridades administrativas y en las diferentes actuaciones, en los siguientes términos:

“Artículo 54. Registro para el uso de medios electrónicos. Toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos, caso en el cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin. Si así lo hace, las autoridades continuarán la actuación por este medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente.

Las peticiones de información y consulta hechas a través de correo electrónico no requerirán del referido registro y podrán ser atendidas por la misma vía.

Las actuaciones en este caso se entenderán hechas en término siempre que hubiesen sido registrados hasta antes de las doce de la noche y se radicarán el siguiente día hábil”.

De lo expuesto se concluye que el código actual reconoce a todas las personas el derecho de actuar ante las autoridades a través de medios electrónicos con la única formalidad de registrar la dirección electrónica en la base de datos que la entidad haya dispuesto para ese fin. Correspondiente con tal derecho, la misma norma impone a las autoridades el deber de continuar la actuación por este medio, a menos que el interesado

106 Obra cit., p. 194.

solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente. Igualmente y por mandato de la ley, las peticiones de información y las consultas que se hagan a través del correo electrónico no requieren dicho registro y podrán ser atendidas por el mismo medio. En estos casos, es la propia ley la que se señala el término en el cual se entienden realizadas tales actuaciones.

De otro lado, el artículo 15 del CPACA –sustituido por la Ley 1755 de 2015– regula la presentación y radicación de peticiones en los siguientes términos:

“Las peticiones podrán presentarse verbalmente y deberá quedar constancia de la misma, o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Los recursos se presentarán conforme a las normas especiales de este código. (...).

Parágrafo 1°. En caso de que la petición sea enviada a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos, esta tendrá como datos de fecha y hora de radicación, así como el número y clase de documentos recibidos, los registrados en el medio por el cual se han recibido los documentos.

Parágrafo 2°. Ninguna autoridad podrá negarse a la recepción y radicación de solicitudes y peticiones respetuosas”.

Esta disposición deja abierta la posibilidad para los particulares de presentar las peticiones de forma escrita o verbal, y a través de cualquier medio que sea idóneo para la transferencia de datos, lo que significa que no existe formalidad alguna para presentar las peticiones y señala además que la fecha será aquella que se registre en el medio por el cual se reciban los documentos, para efecto del cumplimiento de los términos que señala la ley para la atención de las diferentes clases de peticiones¹⁰⁷.

En consecuencia, el artículo 10 de la Ley 962 de 2005 fue derogado de manera tácita al expedirse el nuevo Código¹⁰⁸, en el cual se regula en su integridad el derecho de petición, la forma de presentar peticiones o información ante las autoridades administrativas, los distintos medios mediante los cuales se deben remitir las respuestas y los plazos para dar respuesta según la modalidad de derecho de petición que se presente.

Por otro lado, en materia de notificaciones debe estarse a lo dispuesto en los artículos 67 y siguientes del CPACA para determinar la fecha de recepción del aviso o de la citación para la notificación personal, teniendo en cuenta que se trata de norma especial¹⁰⁹ que regula el tema y que su inobservancia conlleva la consecuencia prevista en la ley, esto es que se tiene por no hecha la notificación y no produce efectos legales, a menos que el interesado revele que conoce el acto, consiente en la decisión o interpone los recursos.

107 El artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 establece los términos que tienen las autoridades para dar respuesta a las diferentes modalidades del derecho de petición.

108 El artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 dispone: “Derogaciones. Deróganse a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial (...)”.

109 De acuerdo con el numeral 1 del artículo 5° de la Ley 57 de 1887 “La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.

5. Alcance y vigencia del artículo 43 de la Ley 19 de 2012

El Decreto ley 19 de 2012, el más reciente estatuto antitrámites fue expedido con posterioridad a la expedición de la Ley 1437 de 2011 y trajo un capítulo especial en el tema de servicios públicos, en el cual reguló de manera particular y específica las notificaciones para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dentro del contrato de condiciones uniformes y dispuso:

“Artículo 43. Notificaciones: La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, notificarán la decisión sobre los recursos interpuestos por los usuarios en desarrollo del contrato de condiciones uniformes, mediante comunicaciones que se enviarán por correo certificado o por correo electrónico en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De ello quedará constancia en el respectivo expediente”.

Entonces estamos frente a una norma especial y posterior a la expedición del CPACA, que estableció un procedimiento particular y diferente en materia de notificación para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y los prestadores de servicios públicos domiciliarios, conforme al cual se debe notificar la decisión sobre los recursos interpuestos por los usuarios en desarrollo del contrato de condiciones uniformes mediante el envío de comunicaciones por correo certificado o por correo electrónico, para lo cual remite a lo que disponga el CPACA.

Así, teniendo en cuenta que se trata de una disposición vigente y preferente en su aplicación en virtud de su especialidad¹¹⁰, corresponde tanto a la Superintendencia en mención como a los prestadores de servicios públicos domiciliarios cuando se trate de ese tipo de decisiones atender el procedimiento de notificación allí previsto, esto es su envío por correo certificado o por correo electrónico, so pena de las consecuencias legales que se derivan por su inobservancia¹¹¹.

Ahora bien, dado que la misma norma remite en forma expresa al CPACA para la notificación de dichas decisiones mediante correo certificado y correo electrónico debe analizarse a qué disposiciones se refiere. Para el caso de la notificación mediante correo certificado en materia de recursos no existe norma alguna en el código que haga alusión a esta forma de envío dado que el código eliminó la remisión de comunicaciones o citaciones mediante correo certificado, razón por la cual debe entenderse que la norma en estudio revive esta formalidad únicamente para esa clase de decisiones, por lo cual en estos eventos basta con el envío de la comunicación mediante correo certificado con la constancia de entrega respectiva.

En este sentido, se infiere que la remisión al CPACA hace referencia a la notificación electrónica, caso en el cual debe atenderse lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, según el cual este tipo de notificación requiere que el interesado acepte ser notificado de esta manera. Entonces tanto la Superintendencia como los prestadores

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Artículo 72 de la Ley 1437 de 2011.

de los servicios públicos domiciliarios antes de notificar la decisión deberán asegurarse que el interesado haya aceptado de manera expresa notificarse por este medio y dejar la constancia de este hecho. En caso de que no obtengan la aceptación expresa del interesado para la notificación por medio de correo electrónico deberá acudir al envío del acto administrativo mediante el correo certificado y dejar la correspondiente constancia.

6. Alcance del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011

Dispone el artículo 306 del CPACA lo siguiente:

“Aspectos No Regulados: En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

Esta norma tuvo su origen en el artículo 267 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, a cuyo tenor:

“Artículo 267. En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo”.

Las normas citadas con idéntico contenido ordenan que, ante vacío del CPACA, se apliquen las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil siempre que sean compatibles con la naturaleza de los procesos y actuaciones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así, por mandato del legislador ante los vacíos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo deberá darse aplicación a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil –hoy Código General del Proceso¹¹²–, se insiste, siempre que sean compatibles con esta jurisdicción.

En relación con el alcance del artículo ha manifestado la doctrina que¹¹³:

“El artículo 306 reprodujo la norma del artículo 273 C. C. A. y precisó que el Código de Procedimiento Civil, Código General del Proceso a partir del 1º de enero de 2014 (en la mayoría de sus normas), será la norma supletiva en aquellos no regulados en el nuevo estatuto, siempre que sean compatibles con la naturaleza de los procesos que corresponda adelantar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

112 Para la fecha de expedición de la Ley 1437 de 2011 se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil adoptado mediante Decreto 1400 de 1970. A partir de la expedición de la Ley 1564 del 2012 y de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 626, la remisión debe entenderse hecha al Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012, actualmente vigente, teniendo en cuenta que el anterior código se encuentra derogado en su integridad.

113 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y Concordado, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, junio de 2016, p., 717.

Respecto a las diferencias que existen entre el procedimiento administrativo y los procesos judiciales, vale la pena tomar en consideración lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-640 de 2002 en la cual manifestó lo siguiente:

“A partir de una noción de ‘procedimiento’ que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La Constitución Política reconoce la existencia de este tipo de procesos en el mundo jurídico, cuando en el artículo 29 prescribe su sujeción a las garantías que conforman la noción de debido proceso.

Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso.

Así, a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende con un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

De acuerdo con lo expuesto solamente procede la aplicación de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil ante falta de regulación expresa de la Ley 1437 de 2011 y siempre que sea compatible con las actuaciones de la jurisdicción contenciosa. Por lo tanto, la aplicación de una norma del Código de Procedimiento Civil ante un vacío en la citada ley no aplica de manera automática sino que requiere que se haga un análisis previo de compatibilidad frente a la naturaleza de la jurisdicción contenciosa administrativa.

b. La notificación electrónica en la Ley 1437 de 2011

1) Alcance y requisitos

En relación con el fortalecimiento del uso de medios tecnológicos en el procedimiento administrativo, sea lo primero citar el aparte pertinente en la exposición de motivos del proyecto de Ley 198 de 2009 Senado que culminó con la expedición del CPACA¹¹⁴:

“Aunque el uso de medios tecnológicos ya se encuentra generalizado en nuestra administración pública, se aprovecha el Código para introducir un conjunto de disposiciones que permitan hacia el futuro explotar adecuadamente los avances tecnológicos y las posibilidades que brindan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para modernizar y racionalizar el funcionamiento interno de la administración, al mismo tiempo que se utilizan como un medio de acortar las distancias entre los ciudadanos y las autoridades.

De otra parte, si bien se reconoce que estas tecnologías brindan una oportunidad de modernización y eficiencia, también es claro que para la Comisión su utilización puede prestarse para actividades fraudulentas, razón por la cual se introducen las exigencias legales necesarias para que las actuaciones que se adelanten a través de estos medios se encuentren revestidas, siempre que la naturaleza del acto lo amerite, de las suficientes garantías de seguridad, sobre la autoría de los documentos electrónicos, su integridad y conservación, remitiendo siempre a las normas que regulan la materia, es decir la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico.

Del capítulo sobre la utilización de medios electrónicos en la administración, uno de los aspectos a destacar es el derecho que se confiere a las personas de actuar ante las autoridades a través de estos medio, lo cual implica que las autoridades deberán habilitar las herramientas electrónicas que permitan a todas las personas ejercer este derecho. Por lo anterior, el proyecto posibilita la actuación administrativa sin papel, pues desde la petición inicial hasta el acto administrativo que decide el caso, así como las notificaciones, la presentación de los recursos contra la decisión, pasando por la configuración del expediente electrónico y su archivo, podrán hacerse por vía electrónica”.

En términos similares y en relación con la incorporación de varias disposiciones que reglamentan el uso de medios tecnológicos en las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011, en el Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Dr. Luis Fernando Álvarez, Ex Presidente del Consejo de Estado y miembro de la comisión redactora del Código, en su intervención sobre los antecedentes de la Ley 1437 de 2011¹¹⁵, señaló lo siguiente:

114 “Memorias de la Ley 1437 de 2011”, Vol. II, Ministerio de Justicia y del Derecho, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, pp., 23 y 24.

115 Consejo de Estado, “Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Memorias”, publicado con el apoyo de Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República, p. 34.

“Uno de los temas más importantes (...) es el tema de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo. Simplemente ustedes pueden observar diez temas fundamentales desarrollados en detalle por el nuevo código, sobre lo que son los medios electrónicos; (...) hay temas tan interesantes y novedosos, que serán acá discutidos, como lo son el tema de acto administrativo electrónico, la notificación electrónica, es decir, es hora de que la administración y los ciudadanos nos metamos en el procedimiento electrónico, ya existen leyes del mercado electrónico, pero acá estamos consagrando todo un capítulo sobre lo que son los medios electrónicos (...) son temas bien interesantes que van a ocasionar doctrina, jurisprudencia y que es muy importante que desde ya nos vayamos metiendo en esa forma de actuar de la administración y de los ciudadanos, a través de lo que son los medios electrónicos”.

En el mismo evento, la Dra. Cristina Pardo Schlesinger, miembro de la comisión redactora al referirse a los medios electrónicos de la ley manifestó que¹¹⁶:

“Como bien se hizo explícito desde la exposición de motivos con la que en su momento fue presentado el Código Contencioso Administrativo ante el Congreso de la República, aunque el uso de medios tecnológicos ya se había introducido y hecho general en ciertos ámbitos de la Administración Pública, la intención legislativa al expedir el nuevo Código fue la de permitir hacia el futuro explotar adecuadamente los avances tecnológicos y las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Lo anterior con el objetivo de modernizar y racionalizar tanto el funcionamiento interno de la administración pública y sus relaciones con los administrados como el procedimiento judicial contencioso administrativo, y encontrar mecanismos de acercamiento entre los ciudadanos y las autoridades, que respondan al criterio expansivo del principio de participación democrática.

Ahora bien, las normas del nuevo CPACA, si bien parten del anterior propósito de constituir una oportunidad de modernización y eficiencia, también toman en consideración que su utilización puede prestarse para actividades fraudulentas, por lo que introducen exigencias legales necesarias para que las actuaciones que se adelanten a través de estos medios se encuentren revestidas, cuando ello se amerite, de las garantías de seguridad sobre la autoría de los documentos electrónicos, su integridad y su conservación, para lo cual se remite a las normas que de modo general regulan la materia, contenidas hoy en día en la Ley 527 de 1999, sobre correo electrónico”.

Es claro que el propósito del legislador fue incorporar de manera expresa en el nuevo código el uso de medios tecnológicos e incentivar su uso en los procedimientos de la jurisdicción contencioso administrativa, a pesar de que ya existían algunas disposiciones que consagraban esa posibilidad, como lo señala la Dra. Pardo en la mencionada intervención¹¹⁷:

116 Consejo de Estado, “Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Memorias”, publicado con el apoyo de Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República, p. 245.

117 Ibidem.

“...el uso de medios tecnológicos en el Nuevo Código se enmarca dentro de una serie de principios constitucionales y legales, asó (sic) como de antecedentes legislativos y de prácticas ya adoptadas dentro de las entidades administrativas, relativas al uso de los mismos.

Ciertamente, algunas de esas prácticas ya están en uso, como por ejemplo la relativa a las páginas web de todas las entidades, y a los sistemas de comunicación de información en ellas recogidos hoy en día”.

Se tiene entonces que el uso de las herramientas tecnológicas ya se venían utilizando por parte de algunas entidades públicas con base en las normas que lo autorizaban y el Código lo que hizo fue reconocer esta situación y reglamentarla de manera general de forma tal que se actualizara la normatividad y se reconociera a nivel legal dicha posibilidad en el procedimiento contencioso administrativo.

Es así como la Ley 1437 de 2011 introduce varias disposiciones que se refieren al tema¹¹⁸ e incorpora un capítulo completo, el IV, denominado “Utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo”, dentro de cual, el artículo 56 establece como novedad la notificación electrónica, así:

“Artículo 56. Notificación Electrónica: Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración”.

Esta norma faculta a las autoridades para notificar sus actos empleando medios electrónicos pero con el requisito previo de que el administrado haya aceptado este medio de notificación. La ley permite que en cualquier momento y mientras se desarrolle la actuación, el interesado renuncie a esta forma de notificación y solicite a la autoridad que en adelante no se realicen las notificaciones por medio electrónico sino por los demás medios previstos en el capítulo quinto del citado código.

Respecto de la fecha en que se considera surtida la notificación electrónica, la norma supedita este término a la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo y a su vez, exige para estos efectos la fecha y hora deberá certificarla la administración.

En relación con la figura de la notificación electrónica, valga la pena traer a colación lo manifestado por el Consejo de Estado¹¹⁹ en providencia reciente:

118 Artículos 5°, 7°, 8°, 15, 16, 22, 35, 37, entre otros, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

119 Consejo de Estado, Sección Primera, C. P. María Elizabeth García González, Sentencia del 19 de febrero de 2015, Rad. 25000-23-41-000-2013-01801-01.

“Ahora bien, entre las notificaciones que consagra el procedimiento administrativo regulado en la Ley 1437 de 2011, (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se encuentran la personal (artículo 67), por aviso (artículo 69), electrónica (artículo 56), y por conducta concluyente (artículo 72).

Todas ellas buscan que el administrado conozca las decisiones que le afectan y pueda oponerse a las mismas, y de ahí que el acto de la notificación sea determinante del momento en el que inicia el término dentro del cual pueden ejercerse los recursos y medios de control contemplados en el Ordenamiento. (...).

En lo que concierne a la notificación electrónica, es importante señalar que, según el artículo 2º de la Ley 527 de 1999, el correo electrónico es un mensaje de datos que contiene información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares.

La notificación por correo electrónico está prevista en el artículo 56 del CPACA, el cual dispone que: ‘Las Autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado ese medio de notificación.’

Se trata de una forma de notificación que no es novedosa en la Legislación Colombiana, pues ya había sido objeto de regulación en normas de incorporación de nuevas tecnologías, tales como las Leyes 527 de 1999, ‘Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones’; 794 de 2003, que estableció que los comerciantes inscritos en el registro mercantil y las personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en Colombia, deben registrar una dirección electrónica para notificaciones; 962 de 2005, ‘Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos’, que autorizó la utilización de soportes, medios y aplicaciones electrónicas, para surtir notificaciones y publicaciones; y 1111 de 2006, ‘Por la cual se modifica el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales’ (...).

Igualmente, la Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, dispuso, entre los deberes de las partes y los apoderados, señalar en la demanda o en la contestación de la misma, el lugar físico o el correo electrónico para recibir notificaciones, enviar los memoriales, que se presumen auténticos, presentados en el proceso a dichas direcciones. De la misma manera, indica que “en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información”, y en relación con la notificación, señala que cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por ese medio de correo electrónico y “se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo.

Algunas de estas disposiciones fueron examinadas por la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-1114 de 2003, que estudió la constitucionalidad del artículo 5º de la Ley 788 de 2002, en la que esa Corporación concluyó que el correo electrónico efectiviza

el principio de publicidad en las actuaciones administrativas, por lo que es válido que el Legislador adecue el sistema de notificaciones a los avances tecnológicos, siempre que no se pierda de vista el fin del procedimiento de notificación, que consiste en comunicar al interesado, las actuaciones judiciales o administrativas que puedan afectarle.

En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró la notificación electrónica de la siguiente forma (...).

De las citadas normas puede extraerse lo siguiente:

- *El interesado debe aceptar la notificación por medio electrónico; sin embargo, durante el desarrollo de la actuación puede pedir que las sucesivas notificaciones se hagan por los otros medios previstos en el procedimiento administrativo.*
- *La Administración debe certificar el acuse de recibo del mensaje electrónico.*
- *La notificación se entiende surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo.*
- *La Administración puede optar por este medio de comunicación cuando se trate de actos que tengan origen en convocatorias públicas.*

En síntesis, durante la actuación administrativa, la notificación puede surtirse de diversas maneras, de modo que una vez agotadas las posibilidades de notificar personalmente a los interesados, bien puede la Administración, con respaldo en la legislación, optar por comunicar las decisiones o actuaciones administrativas, a través de mecanismos subsidiarios que garantizan los principios de publicidad y debido proceso”.

De acuerdo con la posición planteada por el Consejo de Estado para que la notificación electrónica se considere válidamente realizada se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Que el administrado haya aceptado en forma expresa este medio de notificación, de forma tal que no exista duda de su aquiescencia.
2. Que durante el desarrollo de la actuación administrativa no haya solicitado otra forma de notificación, y
3. Que la administración certifique el acuse de recibo del mensaje electrónico, para efectos de establecer la fecha y hora en la cual el administrado tuvo acceso al acto administrativo¹²⁰.

Respecto de este último requisito, es claro que corresponde a la administración ya sea directamente, si goza de la capacidad técnica para hacerlo, o por medio de una entidad

¹²⁰ En sentido similar la legislación española en la Ley 39 de 2015, artículo 41, señala las condiciones generales de la práctica de las notificaciones así: “Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente”.

certificadora, certificar el acuse de recibo del mensaje electrónico con el cual se envía el acto administrativo que se pretende notificar, en el cual se indique la fecha y hora en la cual el administrado tuvo acceso al mensaje de datos y, por ende, al acto administrativo adjunto al mismo. Dicha certificación permite conocer la fecha y hora en la cual queda surtida la notificación conforme a lo dispuesto en la norma. Este requisito permite verificar que haya cumplido con el propósito de la figura, esto es que el administrado tenga acceso al acto administrativo que se notifica y de esta manera pueda ejercer de manera oportuna sus derechos de defensa y contradicción, si así lo considera. Así mismo, la constancia de la fecha y hora en que el interesado tiene acceso al mensaje de datos que contiene el acto administrativo es la que permite tener certeza sobre la oportunidad en el ejercicio de sus derechos, tales como: la interposición de recursos y el agotamiento de control en sede administrativa¹²¹.

En igual sentido, la doctrina refiriéndose al último requisito exigido por el artículo, ha señalado¹²²:

“El último inciso regula el momento en que se entiende notificado el acto administrativo, cual es el del acceso al acto administrativo enviado por un medio electrónico, hecho que deberá certificar la administración. Es conveniente anotar que la Ley 527 de 1999 en sus artículos 23 y 24 regula lo referente al momento del envío y de la recepción de un mensaje de datos, mas no utiliza la locución acceso. Las entidades de certificación creadas por esta prestan los servicios de ‘registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos’, lo que, haciendo una comparación sencilla, es el equivalente de ‘obtener, mediante pago, un certificado o resguardo por el cual el servicio de correos se obliga a hacer llegar a su destino una carta o un paquete que se ha de remitir por esa vía’, según la definición que da el Diccionario de la Real Academia del verbo certificar. En los medios electrónicos, las entidades de certificación pueden emitir certificados en los que registren la fecha y hora en la cual un documento ha sido creado, enviado y recibido en un sistema de información, de suerte que es viable probar no solo la fecha de envío sino la de recibo. Entonces, es obvio que si el mensaje de datos que contiene el acto administrado que se pretende notificar ha sido recibido por el destinatario a partir de ese momento este tiene acceso al mismo, de manera que es en dicho momento que se da por efectuada la notificación”.

121 En forma similar, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, regula la materia mediante Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2006, por el cual reglamenta “la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia”, y en los artículos décimo y duodécimo dispone:

“ARTÍCULO DÉCIMO – RECEPCIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL Y DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los actos de comunicación procesal y los mensajes de datos se entenderán recibidos por el destinatario, bien sea el usuario o la autoridad judicial, en el momento en que se genere en el sistema de información de la autoridad judicial el acuse de recibo junto con la radicación consecutiva propia de cada despacho (...).

“ARTÍCULO DUODÉCIMO – PRUEBA DE LA RECEPCIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL EMITIDOS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL. Para efectos de demostrar la recepción de los actos de comunicación procesal remitidos por la autoridad judicial, se señala: a) Será prueba de la recepción de mensaje de datos por la autoridad judicial de conocimiento, el acuse del recibo junto con la radicación consecutiva generada por el sistema de información de la autoridad judicial. b) Frente a una diferencia entre el contenido del acuse de recibo aportado por el destinatario del mensaje, y los datos generados por el control interno del sistema de información de la autoridad judicial, prevalecerá este último. c) Para efectos del cumplimiento de los términos procesales, si el sistema de información de la autoridad judicial rechaza el mensaje, el originador deberá cumplir el acto de comunicación procesal con el documento físico y conforme a lo establecido en la ley procesal e informar a la autoridad judicial, de la situación dentro del siguiente día hábil en que haya ocurrido el rechazo citado. d) La autoridad judicial que reciba actos de comunicación procesal, mediante mensajes de datos conforme a las condiciones establecidas en el presente acuerdo, hará una impresión del mensaje de correo electrónico enviado y lo incorporará al expediente”.

122 Enrique José Arboleda Perdomo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis Editores S. A., Bogotá-Colombia, Segunda Edición Actualizada 2012, pp., 103 y 104.

Una interpretación diferente resultaría abiertamente contraria no solo a los principios contenidos en el Código Contencioso Administrativo que deben regir las actuaciones administrativas, sino a la finalidad que tuvo el legislador al incorporar el uso de medios electrónicos e incentivar su uso con el fin de permitir mayor eficacia, economía y eficiencia en las comunicaciones de la Administración con los particulares¹²³, pues quedaría sujeto a la voluntad del interesado decidir el momento en el cual accede al acto administrativo cuya notificación electrónica se pretende cuando se remite junto con el mensaje de datos al correo informado, máxime si conforme a lo exigido por la ley el interesado aceptó de manera previa esa forma de notificación¹²⁴.

Por lo tanto, es claro que el propósito del legislador al incorporar esta forma de notificación fue promover el uso de los medios electrónicos, de forma tal que se logre una mayor eficiencia y celeridad en las actuaciones de la Administración, así como la efectividad de los derechos de los particulares; en tal virtud, sujetar la efectividad de la notificación electrónica al acceso efectivo del archivo anexo que contiene el acto administrativo, además de contrariar la finalidad de la norma, en cuanto deja a la voluntad y al arbitrio del particular decidir el momento accederá al acto administrativo cuya notificación se pretende.

Igualmente debe tenerse en cuenta que la notificación electrónica procede para toda clase de actos que expida la administración siempre que se cumplan todos los requisitos que exige la ley para este tipo de notificación, dentro de ellos que el administrado haya aceptado en forma previa este medio de notificación y no haya modificado su decisión durante la actuación administrativa. De no atenderse todos los requisitos legales no puede la administración notificar sus actos a través de este medio, por lo cual debe notificarse por el medio que prevé la ley según el acto de que se trate.

A este respecto la doctrina ha señalado¹²⁵:

“El artículo 56 regula la realización de las notificaciones de los actos administrativos a través de medios electrónicos, agregando, a las actualmente existentes, algunas reglas especiales. En virtud de la llamada equivalencia funcional, las notificaciones por esta vía tienen los mismos efectos de las que se realizan en forma escrita por los funcionarios competentes (...).”

123 Sobre el tema ha señalado la doctrina: “El acto de notificación de los actos administrativos es un requisito sustancial de la oponibilidad de los actos administrativos y la base del ejercicio del derecho de defensa y contradicción por parte de los administrados. La manera más eficiente de notificar cualquier actuación tanto desde el punto de vista de su alcance como de los costos es la utilización de medios electrónicos. Lo anterior por el alcance y penetración de estos medios en la vida cotidiana. No obstante, la Administración solo podrá usar estos medios si ha sido aceptado por el ciudadano. De ser así, el artículo 17 de la Ley 527 establece una presunción de autenticidad respecto de los usuarios que utilicen un medio acordado previamente para las comunicaciones electrónicas. Esta presunción, sin embargo, no abarca la integridad del contenido del mensaje de datos.

El uso de los medios electrónicos en la notificación de los actos administrativos no puede ser una forma de menoscabar los derechos de los ciudadanos a una debida y oportuna información respecto del contenido de las decisiones de la Administración que les pueden afectar. Los derechos deben mantenerse incólumes aunque se usen medios digitales para dar a conocer la información o contenido de los actos administrativos”. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y Concordado, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, junio de 2016, p., 201.

124 El Consejo de Estado, Sección V, C. P. Susana Buitrago Valencia en providencia del 28 de julio de 201425000-23-36-000-2014-00328-01(AC) señaló que: “en los términos de los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el informar en el escrito de petición la dirección de correo electrónico, impone que acepta que allí se le notifique, sin más mención que la hace de manera expresa en la solicitud”.

125 Enrique José Arboleda Perdomo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis Editores S. A., Bogotá-Colombia, Segunda Edición Actualizada 2012, p., 103.

Así, una vez expedido un acto administrativo deberá la administración verificar si el administrado ha aceptado de manera previa que se le notifique por medio electrónico y no ha cambiado su decisión para proceder a notificarlo por este medio. En caso de no existir aceptación debe proceder la administración a notificarlo de acuerdo con las disposiciones que consagra el capítulo V de la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, en el caso que se consulta relativo a la imposibilidad de notificar de manera electrónica un acto administrativo por falta de uno de los requisitos exigidos por la ley, esto es la certificación de la fecha y hora en la que se tiene acceso al acto, debe adelantarse la notificación de conformidad con lo dispuesto en el Código. Así, debe aclararse que no existe una notificación supletoria de la notificación electrónica, pues lo que busca el legislador al incorporar esta figura es el uso de los medios electrónicos y que se implementen en el procedimiento administrativo conforme lo exige la ley.

Por tanto, en el evento en que la notificación electrónica no cumpla uno de los requisitos exigidos en la ley, es claro que opera la consecuencia prevista en el artículo 72 de la Ley 1437 de 2011, es decir que no se tiene por efectuada la notificación a menos que el interesado revele que conoce el acto, consiente la decisión o interponga los recursos de ley. En este caso deberá notificarse el acto de la forma que lo prevea la ley¹²⁶, esto es por medio de la notificación personal, en estrados, por aviso etc., según lo que dispongan los artículos 65 y siguientes de la citada ley.

Por último, el artículo 56 en estudio no requiere del envío de citación alguna para llevar a cabo la notificación por medios electrónicos, pues, se insiste, basta el cumplimiento de los requisitos allí establecidos para que la administración pueda notificar el acto respectivo por dichos medios.

Sobre el tema resulta pertinente lo señalado por la doctrina¹²⁷:

“La notificación electrónica de los actos administrativos sustituye la notificación personal, de manera que basta con proceder a enviar el mensaje de datos con el correspondiente acto para que se tenga por surtida. No hay necesidad de realizar la invitación a presentarse personalmente de que trata el artículo 68 (...).”

Ahora, nada obsta para que la administración consulte al interesado si desea que se le notifique por medio electrónico, para que una vez se obtenga una respuesta expresa y afirmativa por parte del interesado, así como el correo electrónico al cual quiere que se le notifique, pueda la entidad adelantar la notificación electrónica atendiendo los requisitos de ley. En caso de no obtener respuesta o de que se reciba una respuesta negativa, deberá notificarlo por el medio establecido en las disposiciones que regulan la materia, según el acto de que se trate.

126 Según el artículo 66 del CPACA los actos administrativos de carácter particular y concreto debe ser notificados en la forma prevista en los artículos 67 y siguientes del código.

127 Enrique José Arboleda Perdomo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis Editores S. A., Bogotá-Colombia, Segunda Edición Actualizada 2012, p., 116.

2. Principio de equivalencia funcional en la notificación de los actos administrativos

La trascendencia e importancia del comercio electrónico y el incremento en el uso de los medios tecnológicos propiciaron una respuesta regulatoria en la Ley 527 de 1999 que contiene el marco jurídico que regula el comercio electrónico, el acceso y uso de los mensajes de datos y las firmas digitales, entre otros. Dicha normativa otorgó no solo seguridad jurídica e hizo un reconocimiento al fenómeno internacional e irreversible del uso de estos mecanismos sino que incorporó el principio de equivalencia funcional, el cual constituye el principal fundamento del Comercio Electrónico, y se define como:

“una regla de la equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos, e incluso orales. Esta regla se puede simplificar de la siguiente manera: La función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple igualmente la instrumentación electrónica. Este principio se constituye en la base para la no discriminación de los mensajes de datos electrónicos respecto de las declaraciones de voluntad escritas”¹²⁸.

En la citada ley, los artículos 6° y siguientes del capítulo II, desarrollan el principio de equivalencia funcional, al consagrar los requisitos que deben cumplir los mensajes de datos para que tengan eficacia jurídica y gocen de valor probatorio en los mismos términos que el ordenamiento legal reconoce a los documentos en papel.

En relación con el mencionado principio y su aplicación en la notificación de los actos administrativos, esta Corporación se pronunció en concepto del 18 de marzo de 2010¹²⁹ en los siguientes términos:

“(...) la ley 527 de 1999 reglamentó los mensajes de datos extendiendo su aplicación a “todo tipo de información” que tenga esa forma, con solo dos excepciones: las obligaciones contraídas por el Estado mediante convenios o tratados internacionales, y las advertencias que deben incluirse en productos que presentan riesgo en su comercialización, uso o consumo (Art. 1°).

“A su vez, definió el “mensaje de datos” como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. (Art. 2°, literal a).

“De manera expresa, la Ley 527 en cita reconoce los mensajes de datos como medios de prueba con la fuerza otorgada a la prueba documental en el Código de Procedimiento Civil y ordena: “En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, por el

128 www.viejoprograma.gobiernoenlinea.gov.co/normatividad/validezdeldocumento.

129 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 18 de marzo de 2010, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo, Rad. No. 1.989, 11001-03-06-000-2010-00015-00.

solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original'. (Art. 10).

“Entonces, el mensaje de datos no puede ser, en principio rechazado, por el solo hecho de serlo y adquiere valor probatorio en la medida en que reúna los requisitos exigidos en el Código de Procedimiento Civil para la prueba documental, y que se relacionan específicamente con la autenticidad del contenido y con la certeza sobre la persona que lo elaboró, escribió o firmó.

“(…) resulta pertinente transcribir el siguiente aparte de la Exposición de Motivos presentada por el Gobierno al Congreso de la República con el proyecto de ley que concluyó en la ley 527 de 1999:

“El mensaje de datos como tal, debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento. Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse. Por otra parte, en el proyecto de ley se hace hincapié como condición de singular trascendencia, La integridad de la información para su originalidad y establece reglas que deberán tenerse en cuenta al apreciar esa integridad, en otras palabras que los mensajes no sean alterados y esta condición la satisfacen los sistemas de protección de la información, como la Criptografía y las firmas digitales, al igual que la actividad de las Entidades de Certificación, encargadas de proteger la información en diversas etapas de la transacción, dentro del marco de la autonomía de la voluntad’.

“También en la Exposición de Motivos se explicó que el proyecto seguía la “Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre comercio electrónico”, resaltando:

“El proyecto de ley, al igual que la Ley Modelo, sigue el criterio de los ‘equivalentes funcionales’ que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas. Se adoptó el criterio flexible de “equivalente funcional”, que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel. En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen

y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley:

“Destaca la Sala el necesario condicionamiento a los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley, para que un documento electrónico se asimile al documento en físico y pueda dársele la misma fuerza probatoria que a este se reconoce, esto es, se trata de que ambos documentos reúnan las características y condiciones establecidas en la ley para transmitir igual certeza jurídica a los particulares y al Estado.

“En su texto definitivo, el Capítulo II de la Parte General de la Ley 527 se refirió a los “requisitos jurídicos” aplicados a los mensajes de datos; aquí se encuentran los artículos 6º, 7º, 8º y 12 (...).

“Como puede observarse, los artículos transcritos regulan aquellos requisitos de los documentos o de la información, relacionando y definiendo como tales: el escrito, la firma, el original, la integridad, la fuerza probatoria y la conservación; para cada uno de ellos se señala el modo como debe ser satisfecho, sea que la ley exija expresamente el requisito de que se trata o que solamente establezca las consecuencias de su omisión.

“Dichos requisitos en los documentos físicos o en los electrónicos apuntan a garantizar: la accesibilidad para su posterior consulta; la identidad de quien emite el mensaje y la certeza de que aprobó su contenido; la integridad de la información desde cuando se generó de manera definitiva y la posibilidad de mostrarla; y su conservación en el formato original de envío o de recibo, con los datos de origen, destino, fecha y hora de envío, recepción o producción del documento. Así, estos requisitos aplicados al documento físico y al documento electrónico deben hacerlos equivalentes, es decir, iguales en su valor, estimación, potencia o eficacia y, como consecuencia, deben tener los mismos efectos jurídicos.

“Precisamente el Capítulo III de la Parte General de la ley 527 de 1999, trata de la comunicación de los mensajes de datos con fundamento en aspectos técnicos que básicamente permiten establecer, con toda confiabilidad, el origen del mensaje de datos y su recepción, la identificación de las personas intervinientes, el lugar, la concordancia entre el texto enviado y el texto recibido, y los tiempos de envío y recepción y sus efectos jurídicos.

“De esta manera la Ley 527 de 1999, especialmente en los Capítulos y artículos comentados, al definir, describir y establecer exigencias sobre cada uno de los elementos de los mensajes de datos y de los documentos producidos por medios electrónicos, lo que hace es configurarlos para que tengan valor probatorio y puedan ser usados con los efectos jurídicos que el ordenamiento legal reconoce a los documentos sobre papel; así se expresa el principio de la “equivalencia funcional”, que debe informar el desarrollo y la aplicación de los medios electrónicos de comunicación y que asume la Ley 527 en el artículo 10 cuando ordena tener el mensaje de datos como medio de prueba con la fuerza otorgada en el Código de Procedimiento Civil a los documentos.

“Con respecto a la consulta que ahora se resuelve, lo hasta aquí dicho significa que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 527 de 1999, la lectura del artículo 44 del C. C.

A., puede hacerse entendiendo que la expresión “personal”, que califica la notificación de los actos administrativos de carácter particular, es comprensiva no solo de la presencia física del interesado o de quien lo represente, sino de la presencia virtual, propia de las comunicaciones por vía electrónica, puesto que el acto formal de la notificación no está incluido en las excepciones que dicha Ley 527 consagra para su aplicación, pero siempre que se observen los requisitos técnicos y jurídicos que permiten dar valor probatorio al mensaje de datos.

“Entonces, bajo la rigurosa observancia de los requisitos formales que garantizan al particular el conocimiento, cierto y confiable, de los actos administrativos que afecten sus derechos o intereses, así como el ejercicio oportuno de los recursos que sean procedentes, la administración puede acudir a los medios electrónicos para notificar sus actos, teniendo presente que bajo esta modalidad sigue vigente el efecto consagrado en el artículo 48 del C. C. A. para el caso de la notificación inexistente o irregular, esto es, la ineficacia de la decisión de que se trate, pues “en Internet puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos en dicho contexto también lo sean”; y en este caso, además de los derechos fundamentales del particular está en juego la eficacia de los actos administrativos”.

Como se lee en las consideraciones plasmadas en el concepto citado, el Consejo de Estado consideró jurídicamente viable la notificación por medios electrónicos con base en lo previsto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo anteriormente vigente y en cuyo texto, a pesar de que no se consagraba de manera expresa ese tipo de notificación, se interpretó, que la expresión “notificación personal” allí contenida, resultaba comprensiva no solo de la presencia física del administrado sino de la virtual, teniendo en cuenta que, dentro de las excepciones al ámbito de aplicación que consagra el artículo 1º de la Ley 527 de 1999¹³⁰, no se encuentra la relativa a las notificaciones. Lo anterior cobra mayor relevancia en el caso que se consulta, en el cual el Código actualmente vigente consagra de manera expresa la notificación electrónica, siempre que se atiendan los requisitos previstos en la ley y aquellos aplicables de la Ley 527 de 1999 que garanticen su eficacia y valor probatorio.

2) Oportunidad de la notificación electrónica

En cuanto a la oportunidad de la notificación electrónica, se infiere que teniendo el deber la administración de notificar de manera oportuna e inmediata sus actos, una vez el administrado acepte en forma expresa este medio de notificación debe la administración llevarla a cabo en el menor tiempo posible, pues dentro de los principios que rigen las actuaciones administrativas y a los cuales debe sujetarse la administración de acuerdo con el artículo 3º del Código están el de eficacia, economía y el de celeridad, los cuales están definidos en los siguientes términos:

“11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales,

130 Conforme al artículo 1º la ley no se aplica en los siguientes casos: “a) En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales;

b) En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo”.

evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

“12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

“13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.

En desarrollo de los anteriores principios debe la administración proceder en todas sus actuaciones con la mayor diligencia para llevar a cabo sin demoras injustificadas, evitando dilaciones o retardos, y optimizando el uso del tiempo; por tanto, la notificación electrónica debe adelantarse a la mayor brevedad a fin de hacer plausible la función del Estado.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 56 tantas veces citado y con lo expuesto en el numeral 1), la notificación electrónica queda surtida a partir de la fecha y hora en la cual la administración certifica el acuse de recibo del mensaje electrónico y, por ende, el interesado tuvo acceso al acto administrativo. Es esa fecha y hora en la cual se surte la notificación¹³¹, por mandato de la ley, la que permite determinar el momento a partir del cual puede el interesado hacer uso del derecho de contradicción e interponer los recursos que proceden contra el acto administrativo, los cuales deben ser informados en el acto de notificación junto con los plazos para hacerlo.

3) Entidades de certificación

Respecto de los organismos que pueden certificar la apertura o descarga del documento anexo al mensaje de datos a que se refiere la consulta, vale recordar que la Ley 1437 de 2011 en su artículo 53 remite a la Ley 527 de 1999, así:

“Los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos. Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

“En cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicione o modifiquen”.

¹³¹ En igual sentido, la doctrina manifiesta: “¿Cómo determinar la fecha y hora de la diligencia de notificación? Debería recurrirse a lo dispuesto por la regla general que indica que la notificación queda surtida a partir de la fecha y hora en la que el administrado accede al acto administrativo”. Derecho y Tic 10.0. GECTI. Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes. Editorial Temis, 2011, Bogotá-Colombia, p., 101.

En materia de medios electrónicos y de acuerdo con la norma citada, el legislador ordena aplicar lo previsto en la Ley 527 de 1999 siempre que sea compatible con el procedimiento administrativo¹³².

Así, para determinar que entidades u organismos pueden certificar el acceso al acto administrativo cuando se notifica en forma electrónica, resulta necesario remitirnos a la Ley 527 de 1999 que reguló las entidades de certificación, como uno de los sujetos indispensables para el adecuado funcionamiento del comercio electrónico y el uso los mensajes de datos.

Al respecto la exposición de motivos de la mencionada ley señaló:

“Uno de los aspectos importantes de este proyecto, es la posibilidad de que un ente público o privado con poderes de certificar, proporcione la seguridad jurídica a las relaciones comerciales por vía informática. Estos entes son las entidades de certificación, que una vez autorizadas, están facultados para: emitir certificados en relación con claves criptográficas de todas las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales.

La entidad de certificación, expide actos denominados Certificados, los cuales son manifestaciones hechas como resultado de la verificación que efectúa sobre la autenticidad, veracidad y legitimidad de las claves criptográficas y la integridad de un mensaje de datos. La naturaleza de la función de las entidades de certificación se considera como la prestación de un servicio público, para lo cual vale la pena detenerse un momento.

El artículo 365 de la Constitución Política hace referencia al tema de los servicios públicos, los cuales pueden ser prestados tanto por las entidades públicas como las privadas o conjuntamente. Esta norma permite que este servicio lo presten los particulares, si reúnen los requisitos exigidos por la ley y cuenta con la aprobación de las (sic) Superintendencia, organismo rector para todos los efectos.

“El proyecto de ley señala que podrán ser entidades de certificación, las Cámaras de Comercio y en general las personas jurídicas, tanto públicas como privadas autorizada por la Superintendencia respectiva que cumplan con los requerimientos y condiciones establecidos por el Gobierno nacional, con fundamento en el artículo 31 del proyecto (...).

A la par con las actividades definidas anteriormente, estas entidades tendrán deberes que cumplir frente a los involucrados dentro del proceso mercantil, deberes atinentes a cada una de las actividades que pretendan ejercer.

132 Sobre el punto señala la doctrina: “El artículo reitera que la norma integradora para la interpretación del uso de los medios electrónicos en la Administración Pública, como ocurre en el campo probatorio y contractual, entre otros, es la ley de comercio electrónico, es decir la 527/1999. Esta ley no solamente tiene un alcance comercial, como su denominación lo sugiere. En efecto, la ley tiene como contenido una serie de disposiciones que son fundamentales para definir el alcance e interpretar la nueva visión de la Administración electrónica, como por ejemplo: un catálogo de definiciones técnicas relevantes (art. 2º), los principios de interpretación del comercio electrónico (...), los criterios de interpretación de la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y las reglas que establecen la institucionalidad encargada de la seguridad de sistemas de información, es decir, las entidades de certificación digital”. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentario y Concordado, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, junio de 2016, p., 201.

En consecuencia, las entidades de certificación, son las encargadas entre otras cosas, de facilitar y garantizar las transacciones comerciales por medios electrónicos o medios diferentes a los estipulados en papel e implican un alto grado de confiabilidad, lo que las hace importantes y merecedoras de un control ejercido por un ente público, control que redunde en beneficio de la seguridad jurídica del comercio electrónico”.

El artículo 2º, literal d) de la ley mencionada, las define en los siguientes términos:

“Entidad de Certificación. Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales”.

A su turno, el artículo 29 de la ley, modificado por el Decreto 019 de 2012 somete dichas entidades a la autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio, siempre que cumplan con los requisitos de capacidad económica y técnica necesarios¹³³.

4) Alcance del artículo 64 de la Ley 1437 de 2011

Dentro del Capítulo IV que regula la utilización de los medios electrónicos y que venimos analizando, se incluye como disposición final el artículo 64, el cual señala:

“Artículo 64. Estándares y Protocolos: Sin perjuicio de la vigencia dispuesta en este Código en relación con las anteriores disposiciones, el Gobierno nacional establecerá los estándares y protocolos que deberán cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos”.

Frente a la disposición transcrita es claro, de acuerdo con su tenor literal¹³⁴, que la vigencia de los artículos 53 a 63 que incorporan las nuevas tecnologías al procedimiento contencioso no supedita su vigencia y aplicación a la expedición de la reglamentación por parte del Gobierno nacional de los estándares y protocolos que deben cumplir las autoridades. En efecto, de manera expresa el legislador dejó a salvo la aplicabilidad de dichas normas al señalar *“Sin perjuicio de la vigencia dispuesta en este Código, en relación con las anteriores disposiciones...”*

Así, la facultad reglamentaria otorgada al Gobierno nacional en el artículo 64 citado no condiciona la entrada en vigencia de las disposiciones contenidas en el capítulo IV

133 Dispone la norma que: “Las entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que previa solicitud sean autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio y que cumplan con los requerimientos establecidos por el Gobierno nacional, con base en las siguientes condiciones:

- a) Contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como entidad de certificación;
- b) Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en esta ley;
- c) Los representantes legales y administradores no podrán ser personas que hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquella. Esta inhabilidad estará vigente por el mismo período que la ley penal o administrativa señale para el efecto”.

134 De acuerdo con el artículo 27 del Código Civil: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

al ejercicio de la facultad reglamentaria por parte del Gobierno nacional. Sobre esta disposición en los debates previos a la expedición de la ley por parte de los miembros de la Comisión de la reforma, refiriéndose a un plazo que se consagraba en el proyecto de artículo para expedir el reglamento, se dijo:

“(…) Ese término se refiere solo a la regulación de los estándares técnicos. Para lograr la generalización del uso de medios electrónicos en las relaciones entre la administración y los usuarios son necesarios muchos elementos (y no solo técnicos). Además en todos los casos se debe respetar la diversidad y situación de las personas que no pueden acceder a esos medios

(…) Efectivamente para lograrlo es necesaria la convergencia de varias voluntades institucionales. Es necesario involucrar al gobierno para: 1) armonizar la capacidad técnica a lo largo y ancho del país, 2) capacitar el personal necesario y 3) establecer reglamentos sólidos armonizados con los términos de este proyecto. Si no se logran esos tres objetivos, no se va a materializar el uso generalizado de los medios electrónicos, porque lo más probable es que el particular busque otro medio que le garantice su derecho a acceder a la administración o al juez contencioso, y que esta regulación se convierta en letra muerta”¹³⁵.

De acuerdo con lo anterior, se infiere que si la voluntad del legislador hubiese sido condicionar la vigencia de las disposiciones a la expedición del reglamento, el texto del artículo lo habría consagrado de manera expresa y además se hubiese conservado el plazo perentorio para que el Gobierno nacional reglamentara la materia. Entonces como lo señalan las discusiones previas, no basta la expedición del reglamento que señale los estándares y protocolos para lograr el uso generalizado de medios electrónicos entre la administración y los administrados sino que resulta necesario que confluyan muchos otros elementos para lograr tal propósito.

Sobre este mismo tema y tal como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-302 de 1999¹³⁶, es facultad del legislador señalar el momento en que entra a regir una disposición, esto es: si es de manera inmediata a la expedición de la ley o si la sujeta a condición, p. ej., hasta que se expida el reglamento, sin que resulte inconstitucional el precepto que lo consagra.

¹³⁵ Memorias de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Volumen III La Ley y los debates de la Comisión de la Reforma Parte A: artículos 1º a 142, p. 275.

¹³⁶ En la citada Sentencia señala la Corte: “La potestad legislativa implica no solo la facultad de crear leyes, de incorporar nuevas normas al ordenamiento, sino también la de excluir normas preexistentes. Dentro de esa facultad está implícita la de determinar el momento en que uno u otro fenómeno ocurra, hecho que puede estar sometido, al arbitrio del legislador, a un plazo o a una condición. Y es apenas obvio que así sea, pues es al legislador mismo a quien compete evaluar las circunstancias que propician o hacen exigible la vigencia de la nueva norma o la extinción de la anterior. Esta la razón para que la Corte haya afirmado en sentencia anterior, ‘que la entrada en vigencia de las normas se produce únicamente como resultado de una decisión tomada discrecionalmente por quien tiene la competencia para hacerlas, esto es, el mismo legislador’. En el caso bajo examen, el legislador en desarrollo de dicha atribución sometió la vigencia de la ley a una condición: mientras se expiden los decretos leyes que desarrollen las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 66 de la presente ley y se expiden los decretos reglamentarios de esta ley y de aquellos decretos leyes, continuarán rigiendo las disposiciones legales y reglamentarias de carrera administrativa vigentes al momento de la promulgación de esta ley. Condicionamiento que, como pasa a demostrarse, no vulnera la Constitución. (...)”

En razón de lo expuesto, cabe concluir que si una ley señala que solo puede ser aplicada cuando se cumpla o ejecute un determinado acto (como en el caso bajo examen, desde el momento en que se expidan los decretos leyes y los reglamentarios), esa condición no hace inconstitucional el precepto que así lo consagra, pues el legislador goza de libertad para fijar el momento a partir del cual debe entrar a regir la ley. Algunos doctrinantes califican las normas de este tipo como imperfectas puesto que requieren para su perfección de otro acto normativo, generalmente, de decretos reglamentarios”.

En conclusión analizado el tenor literal del artículo 64 de la Ley 1437 de 2011 ya citado, es claro que la vigencia de la notificación electrónica no quedó sujeta al ejercicio de la facultad reglamentaria por parte del Gobierno nacional, pues la norma expresamente señala que la expedición del reglamento para establecer los protocolos y estándares que se deben cumplir para incorporar de manera gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, se debía hacer sin perjuicio de la vigencia dispuesta en el código para el artículo 56, entre otros. Por tanto, el legislador no sujetó la vigencia de la figura de la notificación electrónica en el procedimiento administrativo a la expedición del reglamento, razón por la cual dicha figura se encuentra vigente y para que sea válida basta que cumpla los requisitos previstos en el Código.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE

a) En relación con la notificación por aviso:

1. *¿Cuál es el término para enviar el aviso, según el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011?*

Conforme al tenor literal del artículo 69 del CPACA, el cual conserva la expresión “al cabo de los cinco (5) días” y de acuerdo con el significado de la expresión “al cabo”, cuyo análisis fue objeto de la parte considerativa de este concepto, se mantiene la misma línea jurisprudencial señalada por el Consejo de Estado en las sentencias citadas en el presente concepto, es decir que transcurridos los cinco (5) días contados desde el envío de la citación sin que el interesado haya comparecido para notificarse en forma personal, corresponde a la administración en el día sexto remitir el aviso o publicarlo en los términos indicados por la norma con el fin de efectuar la notificación por este medio.

2. *Si de acuerdo con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, la publicación del aviso en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, únicamente es posible cuando se desconozca la información sobre el destinatario, ¿Cómo debe proceder la administración en casos en que el predio o inmueble correspondiente a la dirección proporcionada por el interesado se encuentra cerrado; la dirección no existe o se encuentra incompleta; por fuerza mayor o debido a la identificación de una zona de alto riesgo o de difícil acceso la empresa de correo no puede efectuar la notificación por razones de seguridad o accesibilidad; el aviso es rehusado por la persona; o en otros casos similares que no configuran el desconocimiento de la información del destinatario y no fueron contemplados por el legislador?*
3. *¿La situación de desconocimiento de la información o dirección del destinatario a que hace referencia el artículo 69 se configura en los casos en que luego de enviado el aviso a la dirección de notificación proporcionada por el interesado, aquel es devuelto por la empresa de correo argumentando que el destinatario ya no vive en ese lugar, la dirección es errónea o no existe y, en consecuencia, se ignora la dirección del interesado?*

En los casos señalados en las preguntas 2 y 3, esto es: el predio o inmueble correspondiente a la dirección proporcionada por el interesado se encuentra cerrado, la dirección no existe o está incompleta, el aviso es devuelto por la empresa de correo argumentando que el destinatario ya no vive en el lugar, la dirección es errónea o no existe, son claros ejemplos de que se desconoce la información del interesado, tanto que en esas circunstancias no fue posible surtir con éxito la notificación pues no se pudo remitir o entregar el aviso y el acto administrativo respectivo al interesado.

Por lo anterior, el sentido de la expresión contenida en el artículo 69 *ibídem* “Cuando se desconozca la información sobre el destinatario”, resulta omnicomprendiva de todos aquellos eventos en los cuales la administración no logra surtir la notificación por aviso, ya sea porque los datos que se tienen del interesado están incompletos, o no permiten la entrega del aviso y del acto administrativo, o resultan de imposible acceso.

En consecuencia cuando se presente alguna de tales situaciones corresponde a la administración acudir al último mecanismo previsto en la ley para llevar a cabo la notificación por aviso mediante la publicación del mismo junto con el acto administrativo por el término de cinco (5) días en la página electrónica de la entidad y en un lugar de acceso al público, dado que no fue posible lograr la notificación personal del acto administrativo, ni la remisión del aviso junto con el acto administrativo a un destino porque la falta de información no lo permitió o porque alguna circunstancia diferente, como las anotadas, lo impidieron.

Situación diferente es aquella que se presenta cuando el aviso es rehusado por el notificado, pues en este evento a pesar de haberse adelantado el procedimiento de notificación conforme a la norma, por una conducta del propio interesado que pretende entorpecer las funciones de la administración, este impide que se surta con éxito la notificación. Por lo tanto, en ese momento se entiende surtida la notificación personal, ya que es la voluntad del propio interesado y su conducta, las que impiden que la notificación se pueda llevar a feliz término, sin perjuicio de la obligación que le atañe a la Administración de dejar constancia en el expediente de lo ocurrido y valerse de los medios que requiera para este fin. Así y a pesar que este caso no corresponde al evento regulado en la norma, el cual se refiere a aquella situación en la cual se desconoce la información sobre el destinatario, se considera más garantista del debido proceso llevar a cabo la notificación por aviso mediante la publicación en la página electrónica de la entidad y en un lugar de acceso al público, conforme al procedimiento señalado en el artículo 69 del CPACA.

4. *¿Cómo debe notificarse una decisión administrativa cuando no hay certificación de la entrega en el lugar de destino?*

Al igual que la respuesta anterior, si falta la certificación de entrega, corresponde a la Administración llevar a cabo la notificación mediante la publicación de un aviso, junto con el acto administrativo, por el término de cinco (5) días en la página electrónica de la entidad y en un lugar de acceso al público.

5. *De acuerdo con las normas sobre notificación contempladas por la Ley 1437 de 2011 ¿Es obligatorio para las entidades que fungen como autoridades administrativas el uso del correo certificado para enviar las citaciones, a la luz de lo señalado en el artículo 68 ibídem que dispone ‘Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado’?*

No, el legislador eliminó dicho requisito del correo certificado para el envío de la citación y, además, abrió la posibilidad a otras formas de envío diferentes al correo certificado. Así, no resulta jurídicamente viable interpretar que ese “otro medio más eficaz de informar al interesado” se refiere únicamente al correo certificado. Lo anterior debido a que el propósito de dicha expresión contenida en el código anterior y reiterada en el CPACA es dejar abierta la posibilidad a la Administración para que se empleen otros medios diferentes, dado que hoy en día con los avances tecnológicos ofrecen otras alternativas eficaces de envío que permiten dar certeza y constancia del mismo. Sin embargo nada obsta para que, en una determinada actuación, la administración establezca que ese otro medio más eficaz sea el correo certificado, pero tal decisión deberá derivar del respectivo análisis del caso que haga la entidad en la actuación correspondiente.

6. *¿Qué debe entenderse por un medio eficaz de envío de citaciones? ¿Qué requisitos debe cumplir la prueba de entrega de tales medios? ¿Tendría pleno valor probatorio?*

6.1 Para determinar la eficacia del medio de envío de la citación, corresponde a la Administración en cada caso y frente a cada actuación administrativa determinar la eficacia del medio de envío de citaciones para llevar a cabo la notificación personal.

6.2 La ley no establece ningún requisito para la prueba de entrega de la citación para esos otros medios de entrega de la citación, lo único que señala es que debe enviarse dentro del plazo de cinco (5) días siguientes a la expedición del acto y que se deje constancia de dicho envío en el expediente. Por lo tanto, no basta con afirmar que se empleó un medio más eficaz sino que debe existir una constancia verificable dentro del expediente, que otorgue certeza de dicha diligencia, de la recepción por el interesado y del término en el cual se efectuó.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de que la Administración acuda a ese “otro medio más eficaz” para enviar la citación y exista una norma especial que regule el tema, deberá darse cumplimiento integral a dicha normativa, tal como sucede en el caso de los mensajes de datos regulados por la Ley 527 de 1999, en la cual se otorga reconocimiento y validez jurídica a los mismos, y además establece los requisitos que deben cumplirse cuando se requiera que la información deba conservarse en su forma original. Adicionalmente, en cuanto al valor probatorio de los mensajes de datos, los artículos 10 y 11 de la citada ley (i) reconocen que son admisibles como medios de prueba, (ii) disponen que su fuerza probatoria es la otorgada por el anterior Código de Procedimiento Civil –hoy Código General del Proceso– a los documentos y (iii) señalan como criterio para la valoración de la fuerza probatoria, las reglas de la sana crítica y los demás criterios de valoración reconocidos por la ley.

- 6.3 En cualquier evento que se utilice un medio más eficaz para enviar la citación al interesado debe cumplirse con la exigencia de la ley en el sentido de dejar constancia en el expediente, para poder verificar en cualquier momento la eficacia del medio. En cuanto al valor probatorio, deberá acudirse a las normas que regulen esa clase de prueba, según se trate, y aplicar tarifa legal, si la hay. En caso contrario se dará aplicación a las reglas de la sana crítica y a los demás principios reconocidos por la ley. Igualmente, es necesario establecer si existe una norma especial que reconozca su validez, regule las formalidades que se requieren y establezca el valor probatorio, para atenerse a lo que allí se disponga.
7. *Teniendo en cuenta que la determinación de la fecha de recepción del aviso o de citaciones es determinante para efectos del cómputo del término para interponer recursos por parte del interesado, ¿La aplicación del artículo 10 de la Ley 962 de 2005 está limitada únicamente al caso en que se trate de ‘solicitudes formuladas a los administrados o usuarios’ que sean enviadas por correo y deban ser respondidas por ellos dentro del término que la comunicación señale, o, por el contrario debe ser aplicada de manera general a todas aquellas respuestas que emita la administración?*
8. *¿Es aplicable la presunción señalada en el artículo 10 de la Ley 962 de 2005, aun cuando el artículo 43 del Decreto Ley 19 de 2012, también norma antitrámites, estipula una norma especial de notificaciones en materia de servicios públicos que remite al régimen general contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo?*

De acuerdo con los antecedentes en la elaboración del CPACA, la intención del legislador fue precisamente regular en un texto único el procedimiento administrativo y, en consecuencia, derogar aquellas disposiciones que se habían expedido con anterioridad en diferentes cuerpos normativos, entre ellos, los estatutos antitrámites proferidos con la finalidad de agilizar los procedimientos de la administración pública, tales como el artículo 10 de la Ley 962 de 2005 que ordenaba a las entidades facilitar la recepción de documentos y regulaban temas como la utilización del correo certificado y del correo electrónico para las entidades públicas.

En consecuencia, a juicio de la Sala, dicho artículo no se encuentra vigente, por lo que no resulta aplicable la presunción allí consagrada; en tal virtud, se debe atender lo dispuesto por el CPACA.

9. *¿Es aplicable el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 aun cuando los aspectos no regulados en el CPACA corresponden a vacíos legales en relación con el procedimiento administrativo general y, en consecuencia, a la actuación administrativa?*

El artículo 306 del CPACA reitera el contenido del artículo 273 del C. C. A. anterior y ordena que, ante vacío del CPACA, se apliquen las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil siempre que sean compatibles con la naturaleza de los procesos y actuaciones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En conclusión, por mandato del legislador, ante los vacíos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo deberá darse aplicación a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil –hoy Código General del Proceso¹³⁷–, se insiste, siempre que sean compatibles con esta jurisdicción. Por lo tanto, la aplicación de una norma del Código General del Proceso ante un vacío en la citada ley no aplica de manera automática sino que requiere que se haga un análisis previo de compatibilidad frente a la naturaleza de la jurisdicción contenciosa administrativa.

b) En relación con la notificación electrónica:

1. *Ante falta de herramientas tecnológicas apropiadas y con el fin de garantizar el debido proceso del interesado, en la medida que no todas las entidades que actúan en condición de autoridades administrativas cuentan con las plataformas tecnológicas para certificar el acceso al acto administrativo, ¿Podría entenderse que hasta tanto el Gobierno nacional reglamente la materia, la expresión: ‘la notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado recibió el mensaje de datos que adjunto contiene el acto administrativo enviado a través de este medio’ hace referencia a la apertura del mensaje de datos que contiene el acto administrativo? Si no fuere el caso, ¿Qué tipo de procedimiento o implementación tecnológica garantiza la certificación del acceso al acto administrativo que se envía?*

Respecto del requisito de la certificación y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación que se cita en el presente concepto, corresponde a la Administración certificar el acuse de recibo del mensaje electrónico con el cual se envía el acto administrativo que se pretende notificar, en el cual se indique la fecha y hora en la cual el administrado accede al mensaje de datos y, por ende, al acto administrativo adjunto al mismo. Este requisito permite verificar que se haya cumplido con el propósito de la figura, esto es que el administrado tenga acceso al acto administrativo que se notifica y de esta manera pueda ejercer de manera oportuna sus derechos de defensa y contradicción, si así lo considera. La constancia de la fecha y hora es la que permite tener certeza sobre la oportunidad en el ejercicio de sus derechos, tales como la interposición de recursos, el agotamiento de los recursos en sede administrativa, etc.

Por otra parte, de acuerdo con el tenor literal del artículo 64 de la Ley 1437 de 2011, es claro que la vigencia de la notificación electrónica no quedó sujeta al ejercicio de la facultad reglamentaria por parte del Gobierno nacional, pues la norma expresamente señala que la expedición del reglamento para establecer los protocolos y estándares que se deben cumplir para incorporar de manera gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, se debía hacer sin perjuicio de la vigencia dispuesta en el código para el artículo 56, entre otros.

No obstante lo anterior, la Sala llama la atención sobre el deber que le asiste al Gobierno nacional de expedir la reglamentación mediante la cual se adopten los estándares y

¹³⁷ Para la fecha de expedición de la Ley 1437 de 2011 se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil adoptado mediante Decreto 1400 de 1970. A partir de la expedición de la Ley 1564 del 2012 y de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 626, la remisión debe entenderse hecha al Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012, actualmente vigente, teniendo en cuenta que el anterior código se encuentra derogado en su integridad.

protocolos que permitan cumplir con la finalidad señalada en la norma, en donde resulta claro que el uso de la tecnología y los medios electrónicos constituyen la tendencia mundial para actuar ante la Administración, la cual no se puede ver rezagada por la falta de expedición del reglamento por parte del ejecutivo.

2. *Si no es posible efectuar la notificación electrónica bien sea certificando la fecha y hora del acceso al acto administrativo o al mensaje de datos, ¿Cuál sería la notificación supletoria?*

En el caso que se consulta relativo a la imposibilidad de notificar de manera electrónica un acto administrativo por falta de uno de los requisitos exigidos por la ley, esto es la certificación de la fecha y hora en la que el interesado tiene acceso al mensaje de datos con el cual se remite el acto administrativo que se pretende notificar, debe adelantarse la notificación de conformidad con lo dispuesto en el Código.

Al respecto debe aclararse que no existe una notificación supletoria de la notificación electrónica, pues lo que busca el legislador al incorporar esta figura es el uso de los medios electrónicos y que se implemente en el procedimiento administrativo conforme lo exige la ley. Por tanto, en el evento en que la notificación electrónica no cumpla uno de los requisitos exigidos en la ley, es claro que opera la consecuencia prevista en el artículo 72 de la Ley 1437 de 2011, es decir que no se tiene por efectuada la notificación a menos que el interesado revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos de ley. En este caso deberá notificarse el acto en la forma en que lo prevea la ley¹³⁸, esto es por medio de la notificación personal, en estrados, por aviso etc., según lo que disponen los artículos 65 y siguientes de la citada ley.

3. *¿La notificación electrónica requiere del envío de una citación?*

El artículo 56 del CPACA no exige el envío de citación alguna para llevar a cabo la notificación por medios electrónicos, pues, se insiste, la notificación electrónica de los actos administrativos sustituye la notificación personal y, por lo tanto, basta el cumplimiento de los requisitos allí establecidos para que la Administración pueda notificar el acto respectivo por dichos medios. Sin embargo, nada obsta para que la Administración consulte al interesado si desea que se le notifique por medio electrónico. Una vez obtenida una respuesta expresa y afirmativa por parte del interesado, así como el correo electrónico al cual quiere que se le notifique, puede la entidad adelantar la notificación electrónica atendiendo los requisitos de ley. En caso de no obtener respuesta o de que se reciba una respuesta negativa, deberá notificarlo por el medio establecido en las disposiciones que regulan la materia, según el acto de que se trate.

138 Según el artículo 66 del CPACA los actos administrativos de carácter particular y concreto debe ser notificados en la forma prevista en los artículos 67 y siguientes del código.

4. *¿Cuál es el término con el que cuentan las autoridades administrativas para surtir la notificación electrónica? Si no existe término, ¿a partir de qué momento el interesado puede interponer los recursos?*

En desarrollo de los principios de eficacia y celeridad debe la Administración proceder en todas sus actuaciones con la mayor diligencia para llevar a cabo sin demoras injustificadas, evitando dilaciones o retardos, la notificación electrónica a fin de hacer plausible la función del Estado.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 56 tantas veces citado, la notificación electrónica queda surtida en la fecha y hora en la cual el destinatario tiene acceso al mensaje de datos con el cual envía el acto administrativo, circunstancia que debe acreditar la Administración directamente o a través de una entidad autorizada, mediante la certificación de la fecha del acuse de recibo del mensaje electrónico. Es esa fecha y hora en la cual se surte la notificación, por mandato de la ley, la que permite determinar el momento a partir del cual puede el interesado hacer uso del derecho de contradicción e interponer los recursos que proceden contra el acto administrativo, los cuales deben ser informados en el acto de notificación junto con los plazos para hacerlo.

5. *¿Cuáles con los organismos de acreditación que están en capacidad de certificar la apertura o descarga del documento anexo al mensaje de datos?*

Los organismos de certificación que están en capacidad de certificar la apertura o descarga de un documento anexo a un mensaje de datos, son aquellos autorizados por la Superintendencia de Industria y Comercio para desarrollar las actividades previstas en la Ley 527 de 1999 y que ofrecen dicho servicio.

Remítase al Director del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

5. Conflicto de normas. Comisión. Inspectores de Policía

Radicado 2332

Fecha: 06/09/2017

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 18 de octubre de 2017

El Ministerio del Interior consulta a la Sala acerca de la competencia de los inspectores de policía para adelantar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, luego de la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016.

I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio del Interior presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. En desarrollo del principio de colaboración armónica las autoridades públicas interactúan con otras para el cumplimiento de sus funciones.
2. De acuerdo con el artículo 198 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia, los inspectores de policía son autoridades de policía.
3. El artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, consagra la posibilidad de que las autoridades judiciales comisionen a los alcaldes y demás funcionarios de policía para realizar diligencias jurisdiccionales que no impliquen la recepción o práctica de pruebas, como lo serían, por ejemplo, el secuestro de bienes en los procesos civiles.
4. Con todo, el párrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016 estableció que los inspectores de policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.
5. Teniendo en cuenta que la norma posterior prevalece sobre la anterior y la especial sobre la general, es posible concluir que los inspectores de policía no pueden continuar realizando diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.
6. Igualmente, es dable afirmar que el artículo 206 de la Ley 1801 de 2016 no derogó el inciso 3º del artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, sino que debe entenderse que el alcalde y los demás funcionarios de policía, con excepción de los inspectores de policía, pueden seguir adelantando diligencias jurisdiccionales que les sean comisionadas por los jueces, siempre que no conlleven la práctica de pruebas.
7. Ante esta situación es necesario establecer cuál debe ser el tratamiento que debe darse a las comisiones dirigidas a los inspectores de policía que se encuentren en curso o pendientes de resolver, habida cuenta que en esta situación caben un sin número de posibilidades (despachos comisorios por librar, órdenes judiciales por ejecutar, órdenes judiciales en trámite de ejecución) que pueden generar

incertidumbre en los jueces que las decretan y en las autoridades administrativas encargadas de ejecutarlas.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio del Interior formula las siguientes **PREGUNTAS:**

1. *¿Con la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016 y en consideración a lo establecido en el parágrafo primero del artículo 206 de dicha norma, se suprimió la competencia de los inspectores de policía para adelantar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces?*
2. *¿En el caso que la anterior respuesta sea afirmativa, en concepto de la honorable Sala cuál debe ser el tratamiento frente a las comisiones dirigidas a los inspectores de policía que se encuentren en curso o pendientes de resolver?*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de responder a las distintas preguntas objeto de la consulta, la Sala se referirá en primera instancia a la comisión judicial.

a. La comisión judicial

La comisión judicial ha sido concebida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“La comisión, en materia procesal, constituye una forma de delegación de competencia en cuya virtud un juez traslada a otro de igual o menor jerarquía –dentro de la misma especialidad de la jurisdicción– o a ciertas autoridades oficiales –en los casos expresamente previstos–, algunas de las facultades de instrucción y ejecución que le asisten, con el fin de que agote determinados actos de carácter instrumental que son necesarios para la buena marcha del proceso.

No hay, pues, un desprendimiento de la potestad decisoria, ni de la dirección del juicio; se trata, simplemente, de un mecanismo establecido para que respecto de un acto procesal específico el comisionado haga las veces del comitente e, investido de ese ropaje, dé buena cuenta del encargo que se le hace, cumplido el cual, habrá de remitir su actuación para que haga parte del expediente”¹³⁹

139 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-02-03-000-2009-01281-00. “La comisión es una delegación de competencia de carácter temporal, que se circunscribe únicamente al cumplimiento de la diligencia delegada, se origina por razones de economía procesal y auxilio judicial, y su objeto es la realización de algunos de los actos que no pueden efectuarse directamente por los titulares de la jurisdicción y de la competencia ya definidas. Se establece entonces dicha figura, para actos y diligencias que no impliquen juzgamiento, y para la práctica de pruebas”. T-458/94. 12 de mayo de 1994. Frente a la comisión la doctrina ha indicado: “Es otro aspecto importante dentro de la actuación judicial y se halla regulado en los artículos 37 a 41 del C. G. P.; tiene como finalidad esencial asegurar la mutua colaboración entre los diversos funcionarios de la rama jurisdiccional y excepcionalmente del campo administrativo a nivel nacional y aun internacional, en orden a permitir la práctica de pruebas y diligencias que un determinado juez no pueda realizar (...)”. Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso. Dupre Editores. 2016, p. 463.

A través de la comisión, no solo se materializa el principio de colaboración armónica que guía la actividad de las autoridades, sino que además contribuye a que el ejercicio de la función judicial se adelante de forma eficaz y eficiente. Así, se ha indicado:

“Esa forma de traslado parcial de la competencia, hace honor a los principios de economía y celeridad de la administración de justicia, en la medida en que, entre otras cosas, facilita la posibilidad de evacuar algunos actos que necesariamente han de llevarse fuera de la circunscripción territorial del juez que conoce del asunto, de manera pronta y aprovechando los recursos humanos y técnicos con los que cuenta el aparato judicial en todo el territorio del país. Así, se ha explicado que “la práctica de pruebas y otras diligencias por funcionarios diferentes obedece a tres razones: a) A que deben realizarse fuera del territorio jurisdiccional del juez, quien no puede por regla general actuar en territorio distinto (comisión necesaria); b) Al cúmulo de asuntos que se adelantan en las oficinas judiciales, que impide al juez practicar muchas diligencias; c) A la economía de la Administración de Justicia que propende a que esta se imparta con el menor gasto posible para los litigantes, por lo cual cuando la diligencia no reviste especial importancia, puede ser practicada por el funcionario del respectivo lugar, evitándose al interesado el traslado del juzgado o Tribunal del conocimiento...” (Morales Molina, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 10ª Edición, Ed. ABC, Bogotá, 1988, pp. 54 y 55)”¹⁴⁰.

Frente a la comisión es posible señalar las siguientes características:

- i) Puede conferirse para la práctica de pruebas y de diligencias que deban adelantarse por fuera de la sede del juez de conocimiento. De igual forma, para el secuestro y embargo de bienes¹⁴¹. Justamente frente a los casos en los cuales procede la comisión, la jurisprudencia ha señalado:

“Luego, la comisión judicial es una institución procesal que ha sido establecida para facilitar y no para contrariar o desvirtuar el principio del debido proceso en materia judicial, pues ha sido concebida como un instrumento procesal idóneo para permitir que en materia civil pueda llevarse a cabo la práctica (art. 31 C. P. C.) en un lugar diferente al de la jurisdicción y que el juez “no lo pudiere hacer por razón del territorio” (art. 181 C. P. C.), o puedan realizarse “diligencias” fuera de la sede y “para secuestro y entrega de bienes fuera de la sede, en cuanto fuere menester (art. 31 C. P. C., comisiones estas últimas que pueden recaer en “autoridades de igual o inferior categoría” o en “los alcaldes y demás funcionarios de policía” (art. 32 inc. 1º C. P. C.)”¹⁴².

140 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-02-03-000-2009-01281-00.

141 “La comisión solo podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos que autoriza el artículo 171, para la de otras diligencias que deban surtirse fuera de la sede del juez del conocimiento, y para secuestro y entrega de bienes en dicha sede, en cuanto fuere menester. No podrá comisionarse para la práctica de medidas cautelares extraprocesales”. Ley 1564 de 2012, artículo 37. “De igual manera cabe señalar que el artículo 32 del Código de Procedimiento Civil, autoriza expresamente a los jueces para comisionar a los alcaldes y demás funcionarios de policía para adelantar diligencias judiciales, siempre que no se trate de la recepción o práctica de pruebas”. Corte Constitucional. Auto del 9 de noviembre de 2004, Auto 166/04.

142 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de abril de 1995. Expediente No. 2153. “De las pruebas ordenadas por esta Corporación, se observa con nitidez que la comisión por parte de los juzgados en las inspecciones de policía para la práctica de diligencias tales como el embargo y secuestro de inmuebles o, como en el caso que nos ocupa, la entrega de bien inmueble arrendado, está generando una seria congestión en esas entidades, circunstancia que impide la realización de una pronta y efectiva justicia”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de diciembre de 2003, T-1171/03. “En el caso sub-lite la tutela se endereza con el fin de obtener que el funcionario comisionado por un juzgado, practique en el menor tiempo posible la diligencia de entrega de un bien inmueble rematado, y no en la fecha señalada (5 de diciembre de 1996), por cuanto con ello se viola el art. 10º del Acuerdo No. 29 de 1993 emanado del Concejo de Bogotá, que ordena practicar las comisiones dentro de los 30 días siguientes, sin consideración al cúmulo de trabajo que exista. Se trata, entonces, a no dudarlo, de una actuación judicial

Es viable también acudir a la figura de la comisión para realizar diligencias en el exterior¹⁴³.

- ii) Es posible comisionar: a) a otras autoridades judiciales, b) a autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales o administrativas, y c) a los alcaldes y demás funcionarios de policía¹⁴⁴, salvo los inspectores de policía, como se explicará más adelante. En este último caso siempre y cuando la comisión no tenga como objeto la recepción o práctica de pruebas¹⁴⁵.
- iii) La autoridad que haya sido comisionada debe tener competencia en el lugar en donde se va a desarrollar la actividad delegada. Así, el artículo 38 del Código General del Proceso determina:

“El comisionado deberá tener competencia en el lugar de la diligencia que se le delegue, pero cuando esta verse sobre inmuebles ubicados en distintas jurisdicciones territoriales podrá comisionarse a cualquiera de las mencionadas autoridades de dichos territorios, la que ejercerá competencia en ellos para tal efecto.

El comisionado que carezca de competencia territorial para la diligencia devolverá inmediatamente el despacho al comitente. La nulidad por falta de competencia territorial del comisionado podrá alegarse hasta el momento de iniciarse la práctica de la diligencia”.

- iv) De acuerdo con el artículo 40 del Código General del Proceso, el comisionado tiene las mismas potestades del comitente en relación a la diligencia que se le ha encargado¹⁴⁶.

b. El caso concreto

El Ministerio consultante pregunta a la Sala si como consecuencia de la entrada en vigencia del parágrafo primero del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016 se eliminó la competencia de los inspectores de policía para adelantar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces. Las señaladas normas disponen:

que se está ejecutando por la rama ejecutiva”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de febrero de 1996. Expediente No. T-2834.

143 “Cuando la diligencia haya de practicarse en territorio extranjero, el juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, y con arreglo a los tratados y convenios internacionales de cooperación judicial, podrá: 1. Enviar carta rogatoria, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde ha de practicarse la diligencia, a fin de que la practique y devuelva por conducto del agente diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo. 2. Comisionar directamente al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo para que practique la diligencia de conformidad con las leyes nacionales y la devuelva directamente. Los cónsules y agentes diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales para las cuales sean comisionados. Para los procesos concursales y de insolvencia se aplicarán los mecanismos de coordinación, comunicación y cooperación previstos en el régimen de insolvencia transfronteriza”. Ley 1564 de 2012, artículo 41.

144 Véase artículo 198 de la Ley 1801 de 2016.

145 “La Corte podrá comisionar a las demás autoridades judiciales. Los tribunales superiores y los jueces podrán comisionar a las autoridades judiciales de igual o de inferior categoría. Podrá comisionarse a las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales o administrativas en lo que concierne a esa especialidad. Cuando no se trate de recepción o práctica de pruebas podrá comisionarse a los alcaldes y demás funcionarios de policía, sin perjuicio del auxilio que deban prestar, en la forma señalada en el artículo anterior”. Ley 1564 de 2012, artículo 38.

146 “El comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos. Sobre la concesión de las apelaciones que se interpongan se resolverá al final de la diligencia. Toda actuación del comisionado que exceda los límites de sus facultades es nula. La nulidad podrá alegarse a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto que ordene agregar el despacho diligenciado al expediente. La petición de nulidad se resolverá de plano por el comitente, y el auto que la decida solo será susceptible de reposición”. Ibidem, artículo 40.

Ley 1564 de 2012 – Artículo 38	Ley 1801 de 2016 – Artículo 206, parágrafo 1º
<p><i>“Cuando no se trate de recepción o práctica de pruebas podrá comisionarse a los alcaldes y demás funcionarios de policía, sin perjuicio del auxilio que deban prestar, en la forma señalada en el artículo anterior”.</i></p>	<p><i>“Los inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia”.</i></p>

Frente al interrogante planteado por el Ministerio del Interior, la Sala considera que efectivamente con la entrada en vigencia del parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, los inspectores de policía perdieron la competencia para realizar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.

A esta conclusión se arriba teniendo en cuenta, por un lado, la aplicación de la referida disposición del Código General de Policía, y por el otro, el carácter jurisdiccional que tiene la actuación de los inspectores de policía cuando son comisionados por los jueces. Cada uno de estos aspectos se pasa a explicar a continuación.

1. El parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016

El artículo 38 de la Ley 1564 de 2012 y el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia regulan la competencia de los inspectores de policía en relación a las comisiones ordenadas por los jueces. Con todo, mientras la primera disposición autoriza comisionar a los inspectores, la segunda lo prohíbe, al establecer que estos últimos no pueden ser comisionados para el ejercicio de funciones jurisdiccionales o la realización de diligencias de la misma naturaleza.

Por lo tanto, entre estas normas se evidencia una clara contradicción, la cual, siguiendo a Alf Ross, corresponde a una de tipo total-parcial, pues la situación descrita por el parágrafo del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia se encuadra dentro del contenido del artículo 38 del Código General del Proceso. En este sentido se ha indicado por la doctrina:

“Independientemente del tipo de relación que pueda haber entre las distintas descripciones de las normas cuyas soluciones son incompatibles, también es posible hacer una clasificación de acuerdo con el grado de superposición entre esas descripciones. Alf Ross distingue, según ese criterio, tres clases de inconsistencias:

La inconsistencia total-total, que se da cuando los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente: tales descripciones se podrían diagramar como dos círculos absolutamente superpuestos. Un ejemplo estaría constituido por dos normas, una de las cuales estipulara, por ejemplo, que la importación de tractores debe pagar un recargo aduanero y otra que estableciera que los tractores importados están exentos de recargos aduaneros.

La inconsistencia total-parcial se configura cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de otra, pero esta última comprende, además, casos adicionales. En este caso pueden diagramarse las referencias de ambas descripciones como dos círculos concéntricos, uno de los cuales se hallara dentro del otro. Por ejemplo: una norma establece que la importación de vehículos sufrirá recargos aduaneros y otra exime de tales recargos a los tractores.

Por último, la inconsistencia parcial-parcial se da cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen además ámbitos de referencia autónomos. Se puede representar esta inconsistencia con dos círculos secantes. Un ejemplo en la línea de los anteriores podría estar configurado por dos normas, una de las cuales estableciera que los vehículos que se importan están sujetos a recargos aduaneros, y la otra estipulara que los instrumentos para la producción agrícola están exentos de ellos; los tractores están en el campo de conflicto de ambas normas, los autos solo están comprendidos en la primera y los arados solo se rigen por la segunda”¹⁴⁷.

Ahora bien, para poder superar este conflicto normativo debe acudir a los criterios de jerarquía, cronológico y de especialidad, frente a los cuales se ha señalado:

*“El principio *lex superior indica* que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley). (...) *Lex posterior estipula* que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. (...) El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general”¹⁴⁸.*

En el mismo sentido Huerta Ochoa considera:

*“En general se puede decir que el procedimiento tradicional de solución de conflictos normativos se basa en la utilización y combinación de tres criterios: el de jerarquía, el de especialidad y el temporal o cronológico. El primero confiere prevalencia a la norma de rango superior respecto a la subordinada (*lex superior derogat legi inferiori*), el segundo a aquella que regule una materia específica (*lex specialis derogat legi generali*), y el tercero concede la prevalencia a las normas más recientes frente a las precedentes (*lex posterior derogat legi priori*). De tal forma que en caso de un conflicto, la norma que satisfaga el*

147 Carlos Santiago Nino. Introducción al análisis del derecho. 2ª edición. Editorial Astrea. 2003, pp. 274-275. Véase igualmente: “Y si continuáramos un momento con Ross –antes de explicar cómo tratan Kelsen y Bobbio los conflictos de normas– habría que decir que el jurista escandinavo sostiene que puede haber inconsistencia entre dos normas de tres maneras distintas, a saber: a) inconsistencia total-total, que se produce cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, “de manera que si los hechos condicionantes de cada norma son simbolizados por un círculo, hay una inconsistencia de este tipo cuando ambos círculos coinciden”; b) inconsistencia total-parcial, que sucede cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que esta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera, de manera que “tal inconsistencia se da cuando un círculo se encuentra dentro del otro”; y c) inconsistencia parcial-parcial, que acontece cuando una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos, de manera que “esta inconsistencia existe cuando los dos círculos son secantes”. Inconsistencia total-total, o “incompatibilidad absoluta”, como la llama también Ross, se produce, por ejemplo, si una norma permite pescar y otra prohíbe pescar. Inconsistencia total parcial, es la que se produce, por ejemplo, entre una norma general y una particular, como sería el caso de una regla que dispone que los extranjeros no tienen derecho a pescar en aguas territoriales de un país marítimo, mientras otra establece que los extranjeros con más de dos años de residencia en el país tienen ese derecho”. Agustín Squella Narduci, Introducción al Derecho. Introducción Jurídica de Chile, pp. 468-469.

148 Carlos Santiago Nino. Introducción al análisis del derecho. 2ª edición. Editorial Astrea. 2003, p. 275.

*mayor número de criterios de prevalencia será aplicable, y por lo mismo jurídicamente obligatoria*¹⁴⁹.

Los referidos criterios, que deben ser aplicados por las autoridades en el cumplimiento de sus funciones¹⁵⁰, tienen reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento¹⁵¹ y jurisprudencia nacional¹⁵². Así, el artículo 2° de la Ley 153 de 1887 incorpora el criterio cronológico al determinar:

“La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”

Por su parte, el artículo 5° de la Ley 57 de 1887 establece:

“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”

En lo que se refiere al criterio de especialidad, la Corte Constitucional ha señalado:

- 149 Carla Huerta Ochoa, Conflictos normativos, UNAM, 2003, p. 162. Véase igualmente: “Ahora bien, en cuanto a los criterios para resolver antinomias, Bobbio menciona el criterio cronológico, el jerárquico y el de especialidad. El criterio cronológico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, una anterior y otra posterior, prevalece la posterior. El criterio jerárquico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, una superior y otra inferior, prevalece la de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. El criterio de especialidad es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, una general y otra especial, prevalece la de carácter especial. Estos tres principios, en el mismo orden que fueron presentados, se contienen en las expresiones latinas *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori*, y *lex specialis derogat generali*. En consecuencia, dice Bobbio, “el criterio cronológico sirve cuando dos normas incompatibles son sucesivas; el criterio jerárquico cuando dos normas incompatibles están en diferentes niveles; y el criterio de especialidad cuando el conflicto se plantea entre una norma general y otra especial”. Squella Narduci, ob. cit., p. 475.
- 150 “Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes”: Ley 153 de 1887, artículo 1°. “Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:” Ley 57 de 1887, artículo 5°.
- 151 “Para la solución de las antinomias normativas, la regla para establecer la legislación aplicable se encuentra contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 153 de 1887 y el 10 del Código Civil, subrogado por la ley 57 de 1887: “ARTÍCULO 1. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes. “ARTÍCULO 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00043-00(50430).
- 152 “6.1. Asociado al ejercicio de la facultad derogatoria legislativa, está el tema de las tensiones y conflictos interpretativos que surgen al interior del ordenamiento jurídico. (...) 6.2. Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferiori*); (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat priori*); y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*)”. Corte Constitucional. Sentencia del 17 de agosto de 2016, C-439/16. “De lo anterior se desprende que las reglas de interpretación y aplicación normativa son necesarias cuando: i) se advierta incongruencia u oposición entre normas de distinta cronología, o cuando ii) sea necesario establecer el tránsito legal entre una norma anterior y una norma posterior. En tal sentido, la aplicación de estas reglas deriva de la necesidad de resolver un conflicto entre leyes, esto es, un problema de antinomia normativa cuya naturaleza implica la existencia de dos contenidos legislativos que pueden ser utilizados en un mismo caso, sin que exista regla previa que permita superar tal conflicto, evento frente al cual nuestro ordenamiento jurídico dispone de tales criterios de solución, los cuales, además, han sido ampliamente decantados por la jurisprudencia constitucional y reiterados por esta Corporación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril de 2016. Radicación número: 27001-33-31-001-2009-00046-01(56112).

“6.4. Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015, que el mismo “permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales”.

(...)

6.5. Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general **se aplica a todos los campos con excepción de aquel que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra**¹⁵³.

Ahora bien, al aplicar los criterios señalados al caso objeto de estudio, la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- i) A la luz del criterio jerárquico ninguna de las dos normas estudiadas prevalece, toda vez que tanto el Código General del Proceso como el Código Nacional de Policía y Convivencia corresponden a leyes ordinarias.
- ii) Bajo el criterio cronológico prevalece el parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, pues esta norma es posterior al artículo 38 de la Ley 1564 de 2012.
- iii) Según el criterio de especialidad, también prevalece el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia, en razón a que esta disposición es norma especial, pues se encuentra contenida dentro de una norma que regula concretamente la competencia de los inspectores de Policía¹⁵⁴ y hace parte de un

153 Corte Constitucional. Sentencia del 17 de agosto de 2016, C-439/16.

154 “Les corresponde la aplicación de las siguientes medidas: 1. Conciliar para la solución de conflictos de convivencia, cuando sea procedente 2. Conocer de los comportamientos contrarios a la convivencia en materia de seguridad, tranquilidad, ambiente y recursos naturales, derecho de reunión, protección a los bienes y privacidad, actividad económica, urbanismo, espacio público y libertad de circulación. 3. Ejecutar la orden de restitución, en casos de tierras comunales. 4. Las demás que le señalen la Constitución, la ley, las ordenanzas y los acuerdos. 5. Conocer, en única instancia, de la aplicación de las siguientes medidas correctivas: a) Reparación de daños materiales de muebles o inmuebles; b) Expulsión de domicilio; c) Prohibición de ingreso a actividad que involucra aglomeraciones de público complejas o no complejas; d) Decomiso. 6. Conocer en primera instancia de la aplicación de las siguientes medidas correctivas: a) Suspensión de construcción o demolición; b) Demolición de obra; c) Construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble; d) Reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles; e) Restitución y protección de bienes inmuebles, diferentes a los descritos en el numeral 17 del artículo 205; f) Restablecimiento del derecho de servidumbre y reparación de daños materiales; g) Remoción de bienes, en las infracciones urbanísticas; h) Multas; i) Suspensión definitiva de actividad. PARÁGRAFO 1º. Los inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia. PARÁGRAFO 2º. Cada alcaldía tendrá el número de inspectores de Policía que el Alcalde considere necesario, para una rápida y cumplida prestación de la función de Policía en el municipio. Habrá inspecciones de Policía permanentes durante veinticuatro (24) horas en las ciudades capitales de departamento, en los distritos, y en los municipios que tengan una población superior a los cien mil habitantes. PARÁGRAFO 3º. Para los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Decreto 785 de 2005, la formación profesional para el desempeño de los cargos de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial, 1ª Categoría y 2ª Categoría, será únicamente la de abogado, y la formación técnica para el desempeño de los cargos de Inspector de Policía 3ª a 6ª Categoría e Inspector de Policía Rural requerirá la terminación y aprobación de los estudios de la carrera de derecho”.

Código que tuvo justamente como uno de sus propósitos normar lo relativo a este aspecto¹⁵⁵.

De esta forma, la competencia que tienen los inspectores de policía frente a las comisiones ordenadas por los jueces de la República debe ser definida a la luz del Código Nacional de Policía y Convivencia. Por lo tanto, es dable afirmar que el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia derogó tácita y parcialmente¹⁵⁶ el artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, en el entendido de que eliminó la competencia de los inspectores de policía para ejercer funciones o realizar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.

Finalmente, es posible también arribar a la conclusión anterior atendiendo lo dispuesto por el artículo 27 del Código Civil, el cual determina que no puede desatenderse el tenor literal de la ley cuando su sentido sea claro¹⁵⁷. En esta dirección, en el caso del parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, se desprende una clara prohibición de que los inspectores de policía sean comisionados por los jueces para la realización de diligencias jurisdiccionales o el cumplimiento de funciones de la misma naturaleza.

2. La naturaleza jurisdiccional de la actuación de los inspectores de policía cuando actúan por comisión de los jueces

Cuando el inspector de policía actúa como comisionado del juez dentro de un proceso judicial, lo hace en ejercicio de una función jurisdiccional adelantada dentro de los límites y restricciones definidos en la ley¹⁵⁸.

En efecto, para establecer la naturaleza judicial de la función que ejercen los inspectores de policía en su calidad de comisionados de los jueces, debe hacerse referencia en primera instancia a los criterios establecidos por la Corte Constitucional para diferenciar la función administrativa de la judicial:

*“En la sentencia C-1038 de 2002 (M. P., Eduardo Montealegre Lynett), con el propósito de definir si una competencia adscrita a los centros de arbitramento en la fase prearbitral, tenía material y formalmente carácter judicial, se tomaron en cuenta los siguientes criterios. **Son judiciales: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.** Sobre el particular se indicó:*

155 Así, el artículo 2 del Código establece: “Con el fin de mantener las condiciones necesarias para la convivencia en el territorio nacional, los objetivos específicos de este Código son los siguientes: (...) 5. Establecer la competencia de las autoridades de Policía en el orden nacional, departamental, distrital y municipal, con observancia del principio de autonomía territorial”.

156 “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial. Código Civil, artículo 71. “La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”. *Ibidem*, artículo 72.

157 “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

158 En este sentido la Sala se aparta de lo señalado por quienes sostienen que se trata de una función administrativa: Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, Sala jurisdiccional disciplinaria. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Radicación No. 201700097-C y Consejo Seccional de la Judicatura del Meta, “Documento Técnico Jurídico Código General del Proceso vs. El Código de Policía. Aparente Conflicto Normativo: Despachos Comisorios de Jueces a Autoridades Administrativas”, del 17 de febrero de 2017.

“Sin embargo, a pesar de esas dificultades, en ocasiones, como en el presente caso, es necesario definir si una autoridad ejerce o no funciones judiciales, pues es el presupuesto para tomar la decisión en un sentido u otro. Es pues necesario adelantar unos criterios que permitan entonces determinar si la función ejercida por un particular, o por una autoridad es o no de naturaleza judicial. Y en tal contexto, la Corte considera que existen algunos elementos formales y materiales que son útiles para dirimir esas controversias.

*De un lado, existen criterios formales, en torno a los cuales parece existir un cierto consenso académico y jurisprudencial. Así, en primer término, es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto significa que una decisión judicial es irrevocable una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada. En segundo término, la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. **Finalmente, y ligado a lo anterior, el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Por consiguiente, conforme a esos tres criterios formales, se presumen judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.***

De otro lado, aunque resultan más polémicos, también es posible adelantar algunos criterios materiales. Así, la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (C. P. art. 28), y por ende, se entiende que dichas limitaciones solo pueden ser desarrolladas en ejercicio de funciones judiciales. Igualmente, la Constitución establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (C. P. art. 229). Por consiguiente, en principio no sería admisible que una autoridad, en ejercicio de una función no judicial, pueda limitar el acceso a la administración de justicia. Por ende, debe entenderse que en principio una decisión que restrinja el acceso a la administración de justicia, debe a su vez, ser ejercicio de una función judicial¹⁵⁹. (Subrayado fuera del texto).

Asimismo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los funcionarios de policía que actúan en comisión de un juez cumplen una función jurisdiccional:

“Por consiguiente, los funcionarios de policía comisionados para las prácticas de las diligencias civiles, como las de embargo y secuestro y las de lanzamiento, son órganos que, si bien pertenecen originariamente a la rama ejecutiva del poder público local, no es menos cierto que, en cuanto toca con la recepción y ejecución de las comisiones de dichas diligencias, obran con las mismas facultades jurisdiccionales del comitente con las limitaciones legales (art. 34 C. P. C.) y dentro de su ordinaria “competencia territorial”.

¹⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 25 de octubre de 2012, C-863/12.

Luego, así como las leyes y actos administrativos le fijan la competencia territorial a estas autoridades de policía, **las leyes procedimentales les atribuyen la competencia jurisdiccional en caso de comisión**; de allí que a la autoridad administrativa local, esto es, la alcaldía distrital o municipal o el funcionario delegado, en su caso, corresponda la función de contribuir a hacer posible la ejecución de las comisiones judiciales, en desarrollo del principio de la cooperación de los poderes, sin perjuicio de la competencia policiva pertinente. De allí que **el derecho al debido proceso en materia judicial**, y concretamente en lo que atañe a un proceso con desarrollo oportuno, **también se extienda a las actuaciones que deban realizarse por autoridades de policía comisionadas**, con mayor razón cuando se trata de darle cumplimiento a medidas judiciales, que, como las de embargo y secuestro y los de lanzamiento, encierran la garantía provisional y definitiva del derecho debatido en el proceso¹⁶⁰. (Negritas fuera del texto).

De acuerdo con la jurisprudencia mencionada se entendían judiciales las funciones que cumplían los inspectores de policía cuando actuaban como comisionados de los jueces, habida cuenta que si bien la diligencia del despacho comisorio se radicaba en una persona diferente al juez de conocimiento, no perteneciente a la rama judicial, se trataba de una actuación desarrollada dentro del marco de un proceso judicial.

El hecho de que la diligencia se realizara por una persona ajena a la rama jurisdiccional no implicaba *per se* que dicha actuación se convirtiera en administrativa, por cuanto se estaría desnaturalizando una función que es del resorte del juez y que por razones de economía procesal y de colaboración entre las ramas se permitió delegar a otros.

Lo que se buscaba era que el comisionado hiciera las veces del comitente, e investido con las mismas facultades¹⁶¹, pero por supuesto con las restricciones que le establecía la ley¹⁶², cumpliera con el encargo que se le había encomendado para que una vez practicada la diligencia esta hiciera parte del expediente.

Cuando el inspector de policía ejercía funciones en desarrollo de una comisión conferida por un juez de la República, evidentemente no estaba ejerciendo funciones administrativas sino las mismas facultades del comitente con las limitaciones que les imponía la ley, tanto es así que el control sobre las decisiones que tomara y actuaciones desplegadas en ejercicio de esa comisión no se controlaban en sede administrativa sino en sede judicial por ser esas actuaciones parte del proceso judicial del cual se desprende la comisión¹⁶³.

160 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de abril de 1995. Expediente No. 2153.

161 "El comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos. Sobre la concesión de las apelaciones que se interpongan se resolverá al final de la diligencia". Ley 1564 de 2012, artículo 40. No hay, pues, un desprendimiento de la potestad decisoria, ni de la dirección del juicio; se trata, simplemente, de un mecanismo establecido para que respecto de un acto procesal específico el comisionado haga las veces del comitente e, investido de ese ropaje, dé buena cuenta del encargo que se le hace, cumplido el cual, habrá de remitir su actuación para que haga parte del expediente". Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-02-03-000-2009-01281-00

162 Por ejemplo: "7. Si la diligencia se practicó por comisionado y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente, y el término previsto en el numeral anterior se contará a partir de la notificación del auto que ordena agregar al expediente el despacho comisorio. Si la oposición fuere parcial la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia". Ley 1564 de 2012, artículo 309.

163 "Toda actuación del comisionado que exceda los límites de sus facultades es nula. La nulidad podrá alegarse a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto que ordene agregar el despacho diligenciado al expediente. La petición de nulidad se resolverá de plano por el comitente, y el auto que la decida solo será susceptible de reposición". Ibidem, artículo 40.

Finalmente, si en gracia y discusión se aceptara que los inspectores de policía ejercen exclusivamente una función administrativa cuando actúan como comisionados de los jueces, esta actividad difícilmente podría ejercerse por dichos funcionarios, pues lo cierto es que por expreso mandato del parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, los inspectores de policía no pueden ser comisionados por los jueces para la realización de diligencias judiciales, las cuales generalmente se determinan por los códigos de procedimiento que rigen la función de administrar justicia; como serían entre otras las diligencias¹⁶⁴ relacionadas con: i) la entrega de bienes (artículo 308), el embargo y secuestro de bienes (artículos 593 y 595) y iii) la guarda y aposición de sellos (artículo 476), actividades estas que se desprenden de un procedimiento judicial y por tanto son verdaderas actuaciones judiciales¹⁶⁵.

De lo anterior puede concluirse que la intención del legislador, al regular las funciones de los inspectores de policía en la Ley 1801 de 2016, fue la de sustraer a estos funcionarios de los procesos judiciales adelantados por los jueces, pues la norma se refirió de forma expresa y por separado, tanto a la prohibición de ejercer funciones jurisdiccionales como la de adelantar diligencias judiciales ordenadas por los jueces de la República a través de comisiones.

Argüir que los inspectores de policía, cuando actúan en una comisión ordenada por un juez, no están cumpliendo funciones o diligencias judiciales sino actividades administrativas, no solo desnaturaliza una actividad que es del resorte del juez y parte de un procedimiento judicial, sino que además va en contravía de la voluntad del legislador, pues este lo que quiso con la Ley 1801 de 2016 fue descargar a los inspectores de policía de las comisiones provenientes de los jueces de la República.

c. Los despachos comisorios expedidos

El Ministerio consultante pregunta también a la Sala acerca del tratamiento que debe darse a las comisiones dirigidas a los inspectores de policía que se encuentran en curso o pendientes de resolver.

Para responder este interrogante debe acudirse a lo dispuesto por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Esta norma señala:

¹⁶⁴ “En el caso *sublite* la tutela se endereza con el fin de obtener que el funcionario comisionado por un juzgado, practique en el menor tiempo posible la diligencia de entrega de un bien inmueble rematado, y no en la fecha señalada (5 de diciembre de 1996), por cuanto con ello se viola el art. 10º del Acuerdo No. 29 de 1993 emanado del Concejo de Bogotá, que ordena practicar las comisiones dentro de los 30 días siguientes, sin consideración, al cúmulo de trabajo que exista. Se trata, entonces, a no dudar, de una actuación judicial que se está ejecutando por la rama ejecutiva”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de febrero de 1996. Radicación número: 2834. “La Sala en un caso se similar temperamento, señaló: (...) la tutela no se erige como un mecanismo idóneo para obtener la interrupción de las diligencias judiciales, verbigracia, remate o entrega de bienes, cuando quiera que ellas son el resultado de una decisión judicial adoptada en el marco de un proceso tramitado con el pleno respeto del derecho al debido proceso de quienes intervienen en él, por cuanto su fin exclusivo es la protección de los derechos fundamentales (...) (CSJ-STC 28 Oct. 2009, Rad., n.º 1496-01, reiterada el 31 Oct. Rad., n.º 01592-01 y 8 de jul. 2014, Rad., n.º 01362-00). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de agosto de 2015. Radicación número: 68001-22-13-000-2015-00335-01. “De las pruebas ordenadas por esta Corporación, se observa con nitidez que la comisión por parte de los juzgados en las inspecciones de policía para la práctica de diligencias tales como el embargo y secuestro de inmuebles o, como en el caso que nos ocupa, la entrega de bien inmueble arrendado, está generando una seria congestión en esas entidades, circunstancia que impide la realización de una pronta y efectiva justicia”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de diciembre de 2003, T-1171/03.

¹⁶⁵ Las diligencias judiciales son una especie o tipo de actuación judicial: “Todos los pasos que deben darse a partir de cuándo es presentada una demanda, en orden a que se pueda cumplir la finalidad que se persigue ante la norma jurisdiccional, en esencia, pero no únicamente, una sentencia que defina las pretensiones, se puede considerar como la “actuación judicial” integrada por audiencias, diligencias, memoriales de las partes y determinaciones del juez de lo que queda constancia en el documento conocido como expediente que está integrado por escrito (...).” López Blanco, ob. cit., p. 437.

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

*Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, **se iniciaron las audiencias o diligencias**, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.” (Negrillas fuera del texto).

De acuerdo con esta disposición, las normas procesales son por regla general de aplicación inmediata y deben aplicarse desde el momento en que deben comenzar a regir¹⁶⁶.

Por su parte, la jurisprudencia ha determinado que la aplicación inmediata de las normas procesales, como regla general, encuentra fundamento en virtud de que se trata disposiciones de orden público. Así por ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado:

“En la citada providencia, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tal como fue modificado por el Código General del Proceso, se identificaron las excepciones a la regla general de aplicación inmediata de la ley procesal, en la siguiente forma:

“De la norma trascrita se pueden extraer dos conclusiones generales: a) que las normas procesales prevalecen sobre las anteriores desde su entrada en vigencia, y b) que no obstante la regla general anterior, existen unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo”¹⁶⁷.

166 Frente a la aplicación inmediata de las normas procesales la jurisprudencia ha señalado: “En lo que se refiere a normas procesales, la legislación y la jurisprudencia han establecido que “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir” (artículo 40 de la Ley 153 de 1887), tienen efectos inmediatos y rigen hacia el futuro. Sobre el asunto, esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse en la Sentencia C-619/01, al estudiar la constitucionalidad del artículo 67 de la Ley 610 de 2000, cuando dijo: “Pero las normas procesales y de jurisdicción y competencia tienen efecto general inmediato. En este sentido, el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, recoge la interpretación expuesta cuando indica: “La ley preexistente prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por una ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan delitos, pero no a aquellas que establecen tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40”. Corte Constitucional. Sentencia del 15 de agosto de 2012, C-633/12.

167 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1º de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00038-00(56494). “En tratándose del tránsito de la legislación, esta Sección en diversas oportunidades a afirmado la relatividad del principio de *perpetuatio jurisdictionis*, al señalar que en razón al carácter de orden público de las disposiciones procesales, que las hace aplicables de forma inmediata y preferente respecto de las disposiciones anteriores, las modificaciones que en materia procedimental realice el legislador durante el curso de los procedimientos judiciales deberán aplicarse de la misma forma, razón por la cual las reglas jurídicas aplicables a los recursos judiciales son las que se encuentren vigentes al momento de la interposición y sustentación del recurso de apelación, en lo que interesa para este caso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Radicación número: 76001-23-31-000-2002-02677-01(43832).

En el mismo sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló:

“Por lo anterior, se puede concluir que la legislación es consistente en determinar que las normas procesales son por regla general de aplicación inmediata, salvo las actuaciones y diligencias en curso, las cuales, por seguridad jurídica, se finalizan con la norma vigente al momento de su iniciación”¹⁶⁸.

Con todo, como se desprende del propio texto del artículo 624 de la Ley 1564 de 2012 y de la jurisprudencia citada, existen una serie de situaciones en las cuales debe continuar aplicándose la ley anterior. Justamente dentro de este grupo se encuentran las “diligencias iniciadas”, las cuales deben regirse por las leyes que estaban vigentes cuando comenzó la diligencia. La iniciación de las diligencias es un asunto regulado por el Código General del Proceso. Así, el artículo 107 establece:

“Las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes”.

Por consiguiente, el término “diligencias iniciadas” que utiliza el Código General del Proceso hace referencia aquellas que han empezado a adelantarse. Es decir, bajo esta norma no estarían incluidas dentro de dicho término aquellas que han sido programadas, pero no han empezado a realizarse.

De esta manera, en virtud de la pérdida de competencia de los inspectores de policía para ejercer funciones o adelantar diligencias judiciales por comisión de los jueces, y lo establecido por los artículos 107 y 624 de la Ley 1564 de 2012, puede concluirse, frente a los despachos comisorios que se encuentran en curso o pendientes de resolver, lo siguiente:

i) Solamente aquellos despachos comisorios en los cuales se haya dado inicio a la diligencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016¹⁶⁹, pueden continuar siendo ejecutados o cumplidos por los inspectores de policía.

ii) Por su parte, los despachos comisorios en curso o pendientes de resolver en los cuales no se dio inició a la diligencia ordenada en el respectivo despacho antes de la entrada

168 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 29 de enero de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00271-00(C). “Como se observa, aunque la disposición citada establece el efecto general inmediato de las normas procesales o procedimentales, como regla general, lo cual significa que estas se deben aplicar a partir de su promulgación, incluso en los procesos judiciales o en las actuaciones administrativas que se encuentren en curso, también reconoce varias excepciones a dicha regla, que corresponden a eventos en los que las nuevas disposiciones que se expidan no se aplican a ciertas situaciones procesales que se hallen en curso, las cuales se siguen rigiendo, en consecuencia, por los preceptos que estaban vigentes cuando se iniciaron. De esta forma, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tal como fue modificado por el 624 del Código General del Proceso, otorga un claro efecto ultratractivo a tales normas procesales, pues las mismas se siguen aplicando, a pesar de haber sido derogadas en forma general, a las situaciones especiales mencionadas que se encuentren en curso”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 29 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00143-00(C).

169 “Vigencia. La presente ley regirá seis (6) meses después de su promulgación”. Ley 1801 de 2016, artículo 243. Frente a la promulgación de las leyes, la Corte Constitucional ha indicado: “Ahora bien, dentro del tema de la puesta en conocimiento de los actos legislativos y de las leyes, es necesario precisar que la expedición se refiere a la formulación de la materia y la promulgación alude a la publicidad de dicho contenido. En consecuencia, la ley o el acto, aunque se conforman en el momento de su expedición, solo producen efectos jurídicos desde su promulgación en el Diario Oficial. A lo anterior cabe añadir que, según lo dispuesto por los artículos 157, 165 y 168 de la Constitución Política, la sanción de un proyecto de ley, ya sea por el Gobierno o en su defecto por el presidente del Congreso, completa el proceso de formación de la ley, y constituye presupuesto esencial para la existencia de la misma. A su vez, la promulgación de esta, a través de la publicación en el Diario Oficial, da lugar a su obligatoriedad y oponibilidad, pues es principio general de derecho que nadie puede ser obligado a cumplir las normas que no conoce”. Corte Constitucional. Sentencia del 1º de diciembre de 1999, C-957/99. La ley 1801 de 2016 fue publicada en el Diario Oficial 49.949 del 29 de julio de 2016, por lo tanto, su entrada en vigencia ocurrió el 30 de enero de 2017.

en vigencia de la Ley 1801 de 2016, no pueden ser diligenciados por los inspectores de policía, y en consecuencia, deben devolverse al comitente, según lo dispone el artículo 38 del Código General del Proceso¹⁷⁰.

Con base en lo anterior

LA SALA RESPONDE

1. *¿Con la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016 y en consideración a lo establecido en el párrafo primero del artículo 206 de dicha norma, se suprimió la competencia de los inspectores de policía para adelantar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces?*

Sí. El párrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia, al derogar tácita y parcialmente el artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, eliminó la competencia de los inspectores de policía para realizar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.

2. *¿En el caso que la anterior respuesta sea afirmativa, en concepto de la honorable Sala cuál debe ser el tratamiento frente a las comisiones dirigidas a los inspectores de policía que se encuentren en curso o pendientes de resolver?*

De acuerdo con los artículos 107 y 624 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, solamente los despachos comisorios en los cuales se haya dado inicio a la diligencia judicial antes de la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016, pueden continuar siendo ejecutados o cumplidos por los inspectores de policía.

Por el contrario, los despachos comisorios en curso o pendientes de resolver en los cuales no se dio inicio a la diligencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016, no pueden ser diligenciados por los inspectores de policía, y en consecuencia, deben devolverse al comitente.

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

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala (E). Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Édgar González López, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

¹⁷⁰ “El comisionado que carezca de competencia territorial para la diligencia devolverá inmediatamente el despacho al comitente. La nulidad por falta de competencia territorial del comisionado podrá alegarse hasta el momento de iniciarse la práctica de la diligencia”.

6. Modificación de actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional de Estupefacientes

Radicado 2345

Fecha: 11/07/2017

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 31 de julio de 2017

El Ministro de Justicia y del Derecho consulta sobre la autoridad competente para revocar, modificar y aclarar los actos administrativos de asignación definitiva de bienes pertenecientes al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado en vigencia de la Ley 793 de 2002.

I. Antecedentes

Dice el Ministro que mediante Resolución 0023 del 31 de octubre de 2014 el Consejo Nacional de Estupefacientes asignó de manera definitiva dos predios a la alcaldía del municipio de Cauca en el departamento de Antioquia. Sin embargo el señalado municipio solicitó a la Sociedad de Activos Especiales, en calidad de administradora del Fondo para la Rehabilitación Social y la Lucha contra el Crimen Organizado, la modificación de la Resolución 0023 de 2014 puesto que los bienes se asignaron para desarrollar programas productivos dirigidos a campesinos desplazados en condición de vulnerabilidad y ahora se requieren para la construcción de viviendas de interés social con ocasión de una declaración de calamidad pública por inundaciones que afectaron a cerca de 2.400 familias.

Anota que la Sociedad de Activos Especiales, en adelante SAE, manifestó que la autoridad competente para pronunciarse acerca de la solicitud de modificación es el Consejo Nacional de Estupefacientes. También explica el Ministro que la Ley 333 de 1996 creó el Fondo para la Rehabilitación Social y la Lucha contra el Crimen Organizado - Frisco y dispuso que los bienes sobre los que declare la extinción de dominio ingresarían a dicho fondo y se asignarían por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Luego, la Ley 793 de 2002 estableció que el Consejo Nacional de Estupefacientes asignaba los bienes y recursos objeto de extinción de dominio para fines de inversión social, seguridad y lucha contra la delincuencia organizada, rehabilitación de militares y policías, cofinanciación del sistema de responsabilidad penal, infraestructura carcelaria, fortalecimiento de la administración de justicia y funcionamiento de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Posteriormente, la Ley 1708 de 2014 modificó las competencias del Consejo Nacional de Estupefacientes y suprimió la función de asignación definitiva de bienes. Finalmente, el Decreto 2136 de 2015 y la Ley 1753 de 2015 crearon el Comité de Asignaciones y el Comité de Destinaciones, respectivamente, para efectos de decidir sobre los bienes que ingresan al Frisco.

Así las cosas, formula la siguiente **PREGUNTA**:

¿Cuál es la autoridad administrativa competente para revisar, aclarar y/o revocar, de ser el caso, los actos administrativos de asignación definitiva de bienes pertenecientes al Frisco, que hubiere expedido el Consejo Nacional de Estupefacientes en vigencia de la Ley 793 de 2002 y demás normas que la modifican o adicionan?

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro, la Sala analizará los siguientes puntos: i) la revocatoria directa – generalidades, ii) competencia para revocar actos administrativos, iii) la modificación y aclaración de actos administrativos, iv) el Consejo Nacional de Estupefacientes, v) evolución normativa de la asignación definitiva de bienes del Frisco, vi) la asignación de bienes del Frisco en la actualidad y vii) caso concreto.

A. La revocatoria directa. Generalidades

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, confiere una mayor entidad al procedimiento administrativo en comparación con las previsiones del Código Contencioso Administrativo, Decreto Ley 01 de 1984, pues busca que sea un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos y los cometidos estatales dentro de un marco de respeto a las personas, sin que se vean necesariamente obligadas a solicitar protección de los jueces frente a la acción u omisión contraria a la ley por parte de las autoridades. Se pretende entonces que la Administración sea la primera protectora de los derechos y para ello debe tener capacidad para corregir los errores en que incurra.

En otras palabras, frente a los derechos “la administración debe incorporar en su visión de las cosas que no es solo el juez el que está llamado a protegerlos, sino que es la propia administración la que en primer lugar debe convertirse, obviamente en el marco de la Constitución y la ley, en artífice de la defensa de esos derechos”¹⁷¹.

Es así que dentro de las más importantes manifestaciones del poder público aparecen los actos administrativos, actos que se encuentran destinados a producir efectos en derecho y a cumplirse, razón por la cual el ordenamiento jurídico los ha rodeado de privilegios tales como la ejecutoriedad, la ejecutividad y la presunción de legalidad, lo que en principio conlleva a que la Administración se encuentre sometida a sus propios actos y deba ser leal ante ellos¹⁷². No obstante, sus actos no son inmutables, puesto que la autoridad que los expidió o su superior los puede revocar en atención a las causales previstas por la ley y con el procedimiento previsto para el efecto¹⁷³.

Dentro de este contexto, la parte primera de la Ley 1437 contempla que las autoridades pueden ajustar sus actos al ordenamiento jurídico bien sea de manera provocada al

171 Zambrano William. La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa. En: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Consejo de Estado – Banco de la República. Páginas 40 y 41.

172 Corte Constitucional. Sentencia T 338 de 2010.

173 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2000. Rad. 1697.

resolver los diferentes recursos que contra ellos se ejerzan o al pronunciarse sobre las solicitudes de revocatoria directa, con el aditamento de que esta última institución también procede de manera oficiosa.

En efecto, la doctrina señala que la revocatoria directa tiene dos modalidades: i) como mecanismo que opera a solicitud del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y ii) como medida tomada *motu proprio* por la Administración para dejar sin efectos las decisiones adoptadas por ella misma, en uno y otro caso con fundamento en la ley y sujeción a la regulación correspondiente.

Ha dicho el Consejo de Estado que, vista de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir, en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, del interés público o de derechos fundamentales¹⁷⁴.

En suma, la revocatoria directa de los actos administrativos es una potestad legal otorgada a una autoridad para hacer desaparecer de la vida jurídica las decisiones que ella misma ha tomado, por razones de legalidad o por motivos de mérito. Son razones de legalidad las que constituyen un juicio estrictamente lógico jurídico, esto es, una confrontación normativa sobre la infracción al orden preestablecido con violación del principio de legalidad. Hay razón de mérito cuando el acto es extinguido por contrariar el interés público o social, o cuando una persona determinada recibe un agravio injustificado¹⁷⁵.

Esta Corporación también ha subrayado la importancia de diferenciar la “*revocatoria directa*” de la “*anulación*” de los actos administrativos, pues aunque *prima facie* tienen la misma consecuencia, esto es, el retiro de los actos del ordenamiento, en la nulidad la extinción del acto se debe a la decisión de una autoridad judicial y sus efectos pueden ser diferidos o, si se quiere, modulados, según lo decidido por el juez en cada caso¹⁷⁶.

Pues bien, los artículos 93 al 97 del CPACA se ocupan de regular la revocatoria de la siguiente manera:

“Artículo 93. Causales de revocación. *Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:*

1. *Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
2. *Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*

174 Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014. Rad. 1998-01093 y Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2012. Rad. 2004-01511.

175 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 20 de mayo de 2004. Rad.: 1998-3963.

176 Consejo de Estado. Sección Quinta, Sentencia del 30 de octubre de 2015. Radicado 2015-00543.

3. *Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

Artículo 94. Improcedencia. *La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.*

Artículo 95. Oportunidad. *La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.*

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

Parágrafo. *No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.*

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

Artículo 96. Efectos. *Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.*

Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. *Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa”.*

Si se lee con atención el artículo 93 transcrito y se compara con el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo se observará que este último preveía que la revocatoria de actos administrativos podía ser efectuada “por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores”; mientras que la nueva codificación se refiere a “las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales”, lo que nos introduce al siguiente acápite.

B. Competencia para revocar actos administrativos

Respecto a la diferencia existente entre la codificación anterior y el CPACA en lo atinente a la autoridad competente para decidir la revocatoria directa, la jurisprudencia de esta Corporación ya ha advertido:

“Importante modificación introduce el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cuanto permite que el superior funcional, pueda revocar actos administrativos proferidos por sus inferiores, superando la noción de “inmediato superior” jerárquico que consagraba el Decreto 01 de 1984.

En efecto, la nueva codificación se refiere a que la revocatoria de un acto administrativo puede darse por la misma autoridad que lo expida o por sus “inmediatos superiores jerárquicos o funcionales” dando lugar a la posibilidad de que ya no solo el superior jerárquico, que debía pertenecer a la misma entidad, pueda revocar un acto sino también el superior funcional, en los eventos en que la autoridad, en estricto sentido, no contaba con superior jerárquico pero sí funcional (...)¹⁷⁷

Pese a la importancia de la reforma, la Sala anota que no aparece ninguna explicación en el proceso de aprobación de la ley sobre las razones que la motivaron, y que fue en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República donde se introdujo la diferenciación entre superior jerárquico y funcional, se insiste, sin consideración particular alguna.

Así, es menester acudir a otros criterios para entender los conceptos de superioridad jerárquica y funcional.

1. Superioridad jerárquica:

Desde una perspectiva estricta o clásica, Max Weber¹⁷⁸ explica que la jerarquía implica relaciones de autoridad entre posiciones ordenadas sistemáticamente, y establece un orden y subordinación definidos mediante reglas abstractas, reconocidas y limitadas. Se ha identificado en las organizaciones públicas que la autoridad de gestión se deriva de la

177 Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 6 de agosto 2015. Rad. 2004-03824.

178 Bobbio Norberto y Matteucci, Nicola. Diccionario de Política. Siglo veintiuno editores.

internalización de normas y de una base racional y jurídicamente aceptada para restringir la acción que lleva a los subordinados a aceptar las órdenes.

Sin embargo, dentro del sector público, el concepto tradicional de jerarquía (orden - obediencia) se ha venido transformando con el uso de controles menos rígidos como el financiero, de gestión por objetivos y de gestión por resultados. También existe el control sobre el diseño organizacional por el cual las actividades de los organismos públicos pueden ser dirigidas, o el control sobre la comunicación con el entorno de la organización, que significa que la alta dirección es responsable de la política exterior de la misma¹⁷⁹.

Una visión sobre la estructura de las organizaciones permite observar varios modelos de control¹⁸⁰:

Las estructuras organizacionales más comunes son: i) funcional, ii) multidivisional, iii) de empresa holding, iv) matricial, v) transnacional, v) por equipos y vi) por proyectos.

En todo caso, independientemente de la estructura de que se trate, existen procesos de control que pueden ser directos o indirectos, y que se utilizan en forma independiente o combinada. Son directos la supervisión y los procesos de planificación, e indirectos los procesos culturales y la promoción del autocontrol.

La supervisión es el control directo de las decisiones estratégicas por uno o unos pocos individuos.

Los procesos de planificación implican el control administrativo sobre la asignación de recursos y una supervisión sobre su utilización, sobre todo de los financieros, normalmente mediante la elaboración de presupuestos.

Los procesos de autocontrol apuntan a la integración operacional y estratégica del conocimiento y el compromiso, mediante estrategias de coordinación que se basan en la interacción directa y el ajuste mutuo por parte de los individuos de cada subsistema organizacional, sin necesidad de supervisión.

Por último, los culturales se encaminan a la estandarización de normas y a la asimilación de la cultura organizacional por parte de los empleados.

De lo explicado surge entonces que la jerarquía ya no es un concepto binario, pues existen variables:

El clásico esquema de orden - obediencia que apareja controles directos e incluso implica la competencia del superior para revocar decisiones de sus inferiores. Valga anotar que en la denominada administración directa el concepto de jerarquía tiene una

179 Johanson Jan. Strategy formation in public agencies. Public Administration 2009. Blackwell Publishing Ltd.

180 Johnson Gerry, Scholes Kevan y Whittington Richard. Dirección Estratégica. Pearson. Páginas 390-413.

connotación estructural y orgánica, mientras que en la administración por colaboración el concepto de superior inmediato es más funcional.¹⁸¹

Existen también jerarquías atenuadas con controles más flexibles a los que la Sala ya ha aludido, como en el caso de la orientación y la coordinación sectoriales; al respecto anota Duverger¹⁸²:

“La diversidad de los órganos gubernamentales conduce en la práctica al establecimiento de una jerarquía entre los mismos (...) De hecho, no puede establecerse ninguna coordinación duradera sin esta subordinación”

Puede decirse entonces que la superioridad jerárquica tiene varios matices y que no necesariamente está acompañada de la facultad de revocar actos administrativos.

2. Superioridad funcional:

Ni en la ley ni en las gacetas del congreso y las actas de la Comisión Redactora del CPACA se encuentra la definición de superior funcional a efectos de la competencia para decidir la revocatoria directa. Sin embargo el doctor Enrique Arboleda Perdomo, quien fue miembro de la citada Comisión explica:

“La ley determina que el superior puede ser el administrativo, para englobar todo tipo de jerarquía, o el funcional, englobando con este término aquellos organismos que no pertenecen a la misma entidad que profirió el acto, pero que tienen como función la de definir el recurso de apelación contra ciertas decisiones de otras autoridades. A manera de ejemplo se puede citar la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para desatar los recursos contra los actos que resuelven los reclamos contra las empresas por ella vigiladas”¹⁸³.

Esta Sala también ha dicho que en ocasiones existe una superioridad que se deriva de una competencia de grado para conocer de recursos de apelación contra decisiones adoptadas por sujetos que no son funcionarios. Es el caso de los curadores urbanos que no tienen superiores en términos estructurales u orgánicos pero sí lo tienen en un sentido funcional¹⁸⁴. En tales circunstancias es menester remitirse a la regulación que la Ley 1437 contempla para el recurso administrativo de apelación, y en especial al artículo 74:

“Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. *Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:*

1. *El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.*

181 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de junio de 2005. Radicación 1643.

182 Duverger Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. Ediciones Ariel. Página 173.

183 Arboleda Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2ª edición. Editorial Legis. Páginas 125 y 149.

184 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de junio de 2005. Radicación 1643.

2. *El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.*

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

3. *El de queja, cuando se rechace el de apelación.*

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso". (Negrillas de la Sala).

C. La modificación y aclaración de actos administrativos

Gordillo explica que la modificación de los actos administrativos obedece a tres situaciones: i) que el acto sea modificado porque se han encontrado errores materiales en su confección o transcripción, a lo que denomina corrección, ii) que el acto sea modificado en una parte, por considerarla inconveniente o inoportuna, lo que llama reforma del acto y c) que el acto requiera aclaración, en relación a alguna parte no suficientemente explícita del mismo.¹⁸⁵

Mención especial merece la reforma del acto, que consiste en la introducción de variaciones de fondo pero sin extinguirlo, por razones de conveniencia, oportunidad o mérito y por causas atribuibles al titular del derecho como serían el incumplimiento de condiciones o deberes que el acto impone o alteraciones en las circunstancias o supuestos de hecho o de derecho en que se funda el acto. En este caso, anota Luis Berrocal, los efectos de la reforma son hacia futuro y supone una actuación administrativa a cargo de la autoridad que expidió el acto¹⁸⁶.

D. El Consejo Nacional de Estupefacientes

El Consejo Nacional de Estupefacientes fue creado por el Decreto 1206 de 1973, cuyo artículo primero lo adscribió al Ministerio de Justicia. Contempló su integración por el

185 Gordillo Agustín. El Acto Administrativo. Ediciones Machi. Capítulo XII.

186 Berrocal Luis. Manual del acto administrativo. Librería Ediciones el Profesional. Página 493.

Ministro o Viceministro de Justicia, quien lo presidirá, el Ministro o Viceministro de Salud Pública, el Procurador General de la Nación o el Procurador Delegado para la Policía Judicial, el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, el Director General de la Policía o el Jefe Nacional del DIPEC (F2) y el Director General de Aduanas. Como funciones, el artículo 3° previó las siguientes:

- a) Formular, para su adopción por el Gobierno nacional, la política y los planes y programas que las entidades públicas y privadas deban adelantar para la lucha contra la producción, comercio y uso de drogas que producen dependencia física o síquica. Igualmente el Consejo propondrá medidas para el control del uso lícito de tales drogas.
- b) Conforme al ordinal anterior, señalar a los distintos organismos oficiales las campañas y acciones específicas que cada uno de ellos debe adelantar.
- c) Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones y proponer al Gobierno, la expedición de las que fueren de competencia de este.
- d) Orientar y coordinar la actividad de las agencias estatales y privadas que se ocupen de la prevención, investigación científica y de policía judicial, control y rehabilitación en materia de sustancias estupefacientes y sicotrópicas.
- e) Mantener contactos con Gobiernos o entidades extranjeras en asuntos de su competencia y adelantar gestiones ante los mismos con el fin de coordinar la acción del Gobierno colombiano con la de otros Estados y de obtener la asistencia que fuere del caso.

La Ley 30 de 1986 “[p]or la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones” repitió la fórmula de adscripción al Ministerio de Justicia e incluyó dentro de sus miembros al Ministro o Viceministro de Educación Nacional, al Ministro o Viceministro de Agricultura y al Jefe del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil o su delegado. El artículo 91 del estatuto adicionó las siguientes atribuciones:

- a) Supervisar la actividad de las entidades estatales y privadas que se ocupan de la prevención e investigación científica y de Policía Judicial, control y rehabilitación en materia de drogas que producen dependencia;
- b) Disponer, de acuerdo con los indicios graves, que posea, proveniente de los organismos de inteligencia, sobre actividades de personas, aeronaves, embarcaciones, vehículos terrestres y uso de aeródromos o pistas, puertos, muelles o terminales marítimos, fluviales o terrestres, vinculados al tráfico de estupefacientes, la suspensión de las licencias para personal aeronáutico, marítimo, fluvial y terrestre, certificados y permisos de operación. Para tal efecto, impartirá a las autoridades correspondientes las instrucciones a que haya lugar.

- c) Disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país.

También elimina la función de orientar y coordinar la actividad de las agencias estatales y privadas que se ocupen de la prevención, investigación científica y de policía judicial, control y rehabilitación en materia de sustancias estupefacientes y sicotrópicas.

Finalmente el artículo 92 establece que las resoluciones que dicte el Consejo para el ejercicio de sus funciones son de obligatorio cumplimiento.

Por otra parte, el artículo 30 del Decreto 2897 de 2011 “[p]or el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica, las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y se integra el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho” prevé que son consejos asesores del Gobierno nacional, adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho, los siguientes:

- a) Consejo Nacional de Estupefacientes, regulado por la Ley 30 de 1986 y demás normas vigentes.
- b) Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria regulado por la Ley 888 de 2004 y demás disposiciones vigentes.
- c) Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control de Lavado de Activos regulada por los Decretos 950 de 1995 y 3420 de 2004 y demás disposiciones vigentes.
- d) Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia, regulado por la Ley 640 de 2001 y demás normas vigentes.

El escenario normativo descrito permite a la Sala, en aplicación de los lineamientos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, ubicar al Consejo Nacional de Estupefacientes como parte del sector central de la Rama Ejecutiva del Poder Público y más específicamente como uno de los consejos superiores de la administración.

En efecto, cumple funciones de asesoría, coordinación, dirección, decisión y regulación¹⁸⁷, y de formulación y ejecución de políticas o planes de acción, que son propios de tales consejos¹⁸⁸.

187 Ibáñez Jorge. Las funciones y la estructura del Estado para cumplirlas. Justicia y Desarrollo Sostenible. Página 230.

188 Rodríguez Libardo. Derecho Administrativo. General y colombiano. Temis. Página 133.

D. Evolución normativa de la asignación definitiva de bienes del Frisco

La Ley 333 de 1996 creó el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado como una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Dirección Nacional de Estupeficientes, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupeficientes y estableció que los bienes objeto de extinción del dominio hacían parte de los recursos del fondo. El artículo 26 de la ley, disponía:

“Los bienes y recursos sobre los cuales se declare la extinción del dominio, sin excepción alguna ingresarán al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupeficientes, de conformidad con los reglamentos, para:

- a) Financiar programas y proyectos en el Área de Educación, Recreación y Deporte. Así mismo los programas que prevengan el consumo de la droga, como los que tiendan a la rehabilitación y la promoción de la cultura de la legalidad;*
- b) Financiar programas de desarrollo alternativo para la erradicación de cultivos ilícitos;*
- c) Financiar programas para prevenir, combatir y erradicar la corrupción administrativa en cualquiera de sus manifestaciones;*
- d) Financiar programas de reforma agraria y de vivienda de interés social para los desplazados por la violencia y los involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos;*
- e) Reembolsar en la hipótesis de que trata esta Ley, los daños causados a los nacionales titulares y terceros de buena fe. Para ello financiará la contratación de seguros que cubran los riesgos por actos terroristas súbitos y violentos y los perjuicios en que pueda incurrir la población civil por esos mismos actos, cuando no estén amparados por el Gobierno nacional mediante pólizas de seguros. Igualmente garantizar mediante la contratación de pólizas expedidas por compañías de seguros, la protección de los bienes sobre los cuales esté vigente una medida cautelar o sobre aquellos que sean objeto de extinción del dominio;*
- f) Financiar programas que ejecute el deporte asociado, con el objeto de fomentar, masificar y divulgar la práctica deportiva. Igualmente, apoyar programas recreativos, formativos y social comunitarios.*
- g) Financiar la inversión en preparación técnica y tecnológica, en soportes logísticos, adquisición de equipos y nueva tecnología, y, en general, en el fortalecimiento de las acciones del Estado en su lucha contra el delito del narcotráfico. Los bienes culturales e históricos serán asignados a las entidades estatales pertinentes para los efectos consagrados en la legislación sobre la materia;*
- h) Financiar programas de rehabilitación, educación, capacitación y microempresas para la población carcelaria;*

- i) *Financiar programas de reubicación dentro de la Frontera Agrícola, a colonos asentados en la Amazonia y la Orinoquia colombiana;*
- j) *Financiar todos los aspectos atinentes al cumplimiento de las funciones que competen al Consejo Nacional de Política Criminal;*
- k) *Para financiar programas de nutrición a la niñez, de estratos bajos, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar;*
- l) *Para financiar en parte la administración de justicia a través del Consejo Superior de la Judicatura;*
- m) *Financiar los programas de las mujeres cabeza de familia, menores indigentes y tercera edad;*
- n) *Para financiar el Programa de Bibliotecas Públicas para Santa Fe de Bogotá;*
- o) *Para financiar la asignación de recursos al Fondo de seguridad de la Rama Judicial y del Ministerio Público;*
- p) *Financiar programas de desarrollo humano sostenible en las regiones de ecosistemas frágiles en los cuales se han realizado cultivos ilícitos;*
- q) *Los bienes y recursos que se encuentren dentro de la jurisdicción del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y cuya extinción de dominio se haya decretado, conforme a la presente Ley, serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes al Instituto de Tierras del Archipiélago, para el cumplimiento de sus fines, consagrados en la legislación correspondiente;*

Mientras se crea el Instituto de Tierras del Archipiélago el Consejo Nacional de Estupefacientes asignará los bienes a programas de vivienda de interés social, reforma agraria, obras públicas o para financiar programas de educación en el Archipiélago y promover su cultura;
- r) *Financiar programas para población de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales;*
- s) *Financiar programas de recreación y cultura de pensionados y la tercera edad;*
- t) *Implementación de programas de vivienda de interés social;*
- u) *Financiar programas para erradicar la indigencia en el país.*

Parágrafo. *Las tierras aptas para la producción y que ingresen al Fondo que se crea en la presente Ley, se adjudicarán a los campesinos e indígenas que cumplan los requisitos establecidos. La adjudicación se hará de conformidad con lo dispuesto en la Ley 160 de*

1994. *Los desplazados por la violencia y los involucrados en los programas de erradicación de cultivos ilícitos tendrán prioridad para la adjudicación*”.

Con posterioridad, el parágrafo del artículo 12 de la Ley 793 de 2002 “[p]or la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”, previó:

“Parágrafo. *El Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes.*

Los bienes y recursos objeto de extinción de dominio ingresarán al Fondo para la Rehabilitación, Inversión, Social y lucha contra el Crimen Organizado y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes, para fines de inversión social, seguridad y lucha contra la delincuencia organizada”.

El artículo 12 antes señalado fue modificado expresamente por el artículo 80 de Ley 1453 de 2011 “[p]or medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”, y en lo particular dispuso:

“PARÁGRAFO 1o. *El Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes.*

Los bienes, el producto de su venta y administración, así como los recursos objeto de extinción de dominio, ingresarán al Fondo para la Rehabilitación, Inversión, Social y Lucha contra el Crimen Organizado y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes, para fines de inversión social, seguridad y lucha contra la delincuencia organizada, rehabilitación de militares y policías heridos en combate, cofinanciación del sistema de responsabilidad penal adolescente, infraestructura carcelaria, fortalecimiento de la administración de justicia y funcionamiento de la Dirección Nacional de Estupefacientes”.

La Ley 1708 de 2014 por la cual se expide el Código de Extinción de Dominio prevé que el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado seguirá como una cuenta especial sin personería jurídica, pero administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE), sociedad de economía mixta del orden nacional autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su equivalente, con el objetivo de fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas, y todo aquello que sea necesario para tal finalidad.¹⁸⁹

189 Artículo 90.

El artículo 91 de la codificación preceptúa:

“Artículo 91. Administración y destinación. Los bienes sobre los que se declare la extinción de dominio, descontando aquellos destinados para el pago gradual y progresivo de los pasivos de dicho Fondo, los recursos que sean indispensables para el funcionamiento de la entidad encargada de la administración de los bienes, y las destinaciones específicas previstas en la ley, se utilizarán a favor del Estado y serán destinados así: en un veinticinco por ciento (25%) a la Rama Judicial y en un veinticinco por ciento (25%) a la Fiscalía General de la Nación, para proyectos de inversión previamente aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y el cincuenta por ciento (50%) restante para el Gobierno nacional quien reglamentará la distribución de este último porcentaje.

En todo caso, los predios rurales sobre los que recaiga la acción de extinción de dominio serán destinados a los programas de generación de acceso a tierra administrados por el Gobierno nacional. Su régimen de administración y destinación será reglamentado por el Presidente de la República.

Los bienes destinados a la Fiscalía General de la Nación serán administrados a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes creado mediante Ley 1615 de 2013.

En el caso de las divisas, una vez incautadas, estas serán entregadas al Banco de la República para que las cambien por su equivalente en pesos colombianos, sin que se requiera sentencia que declare la extinción definitiva del dominio sobre las mismas.

Parágrafo 1°. *A partir de la fecha en que sea publicada la presente ley, el Consejo Nacional de Estupefacientes no podrá adquirir pasivos con cargo a los recursos determinados en los porcentajes de que trata el presente artículo, salvo que la entidad correspondiente así lo manifieste en la sesión del Consejo Nacional de Estupefacientes en que se tome favorablemente esta determinación.*

Parágrafo 2°. *En virtud de la presente ley se habilita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para efectuar los ajustes presupuestales pertinentes que permitan la asignación de los recursos a favor del nuevo administrador del Frisco.*

Parágrafo 3°. *Las autoridades de policía locales, departamentales y nacionales estarán obligadas a prestar, de manera preferente y sin dilación injustificada, el apoyo que requiera el representante legal o su delegado, para hacer efectiva la administración de los bienes que ingresan al Frisco”.*

Para los efectos del tema de la consulta, el artículo transcrito regula los siguientes asuntos: i) la destinación en términos porcentuales de los bienes sobre los cuales se declare la extinción de dominio, ii) la destinación de los predios rurales en cabeza del Gobierno nacional, iii) la destinación de las divisas incautadas, iv) la orden al Gobierno nacional para que reglamente la distribución del porcentaje de los bienes que le corresponde y v) la orden al Presidente de la República para que reglamente el régimen de administración y destinación de los predios rurales.

Finalmente el Código en su artículo 218 derogó expresamente la Ley 793 de 2002 así como todas las demás leyes que las modifiquen o adicionen.

Con la Ley 1753 de 2015 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, en lo relativo a la administración de recursos del Frisco, se dispuso:

“ARTÍCULO 158. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FRISCO. *Adiciónense dos incisos al artículo 91 de la Ley 1708 de 2014, así:*

“Los bienes y recursos determinados en el presente artículo gozarán de la protección de inembargabilidad. Las medidas cautelares implementadas en los trámites de extinción serán prevalentes sobre cualquier otra.

La facultad para decidir sobre la destinación y distribución definitiva de los bienes que le corresponden a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, en los porcentajes establecidos en el inciso 1o del presente artículo, estará a cargo de un Comité integrado por un representante del Gobierno nacional, un representante de la Fiscalía General de la Nación y un representante de la Rama Judicial, quienes decidirán conforme a las solicitudes remitidas a este Comité por parte del administrador del Frisco y de conformidad con el reglamento que el Comité expida para tal efecto”. (Negrillas de la Sala).

Por último, el Decreto 2136 de 2015 “*por el cual se reglamenta el Capítulo VIII del Título III del Libro III de la Ley 1708 de 2014*” contiene las siguientes previsiones:

“Artículo 2.5.5.5.4. Declaración de extinción de dominio sobre bienes destinados provisionalmente. *En caso de declararse la extinción de dominio de automotores, motonaves y aeronaves entregados en destinación provisional a una entidad pública, dichos bienes quedarán asignados definitivamente a la entidad que lo ha usufructuado como destinatario provisional, siempre y cuando puedan asignarse a los porcentajes señalados en el artículo 91 de la Ley 1708 de 2014, para lo cual se conformará un Comité integrado por un representante del Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Justicia y del Derecho, quienes instruirán al Administrador del Frisco para que expida el respectivo acto de asignación definitiva, que servirá de título traslativo de dominio del bien.*

(...) Artículo 2.5.5.8.3. Procedimiento para la donación. *La Entidad Pública interesada deberá presentar el proyecto al Comité de que trata el artículo 2.5.5.5.4 del Capítulo 5 del presente título, quien deberá someterlo a validación técnica y jurídica por parte del Administrador del Frisco. En el caso de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, el proyecto debería presentarse al Comité establecido en el artículo 91 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 158 de la Ley 1753 de 2015.*

En caso de ser procedente, se deberá radicar la solicitud ante el Administrador del Frisco, quien deberá descontar el valor comercial del bien del porcentaje asignado a la entidad

solicitante o al Gobierno nacional, bajo los lineamientos del artículo 91 de la Ley 1708 de 2014 y de conformidad con las reglas establecidas en el Capítulo 11 del presente título.

Parágrafo 1º. *Las solicitudes de donación de bienes que realicen las entidades facultadas en el artículo 91 de la Ley 1708 de 2014, deberán efectuarse ante el Administrador del Frisco antes del 30 de octubre de cada año a efectos de que se realice la respectiva incorporación en el presupuesto de cada entidad para la vigencia fiscal siguiente.*

(...) **Artículo 2.5.5.11.3. Destinaciones previstas en leyes especiales.** *Los predios que tengan destinación específica para programas determinados en Leyes especiales, incluyendo aquellas establecidas en la Ley 30 de 1986, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto-ley 2897 de 2011 y en la Ley 1448 de 2011, sobre los que se declare extinción de dominio, no serán objeto de comercialización por parte del Administrador del Frisco y serán asignados por parte del comité de que trata el artículo 2.5.5.5.4 del Capítulo 5 del presente título de conformidad con el reglamento que para tal fin establezca dicho órgano”.*

E. La asignación de bienes del Frisco en la actualidad

De lo que antecede se aprecia que la competencia de asignar de manera definitiva bienes del Frisco ya no es ejercida por el Consejo Nacional de Estupefacientes sino por dos comités que actúan de acuerdo con la destinación de los recursos, habida cuenta de que un veinticinco por ciento (25%) va a la Rama Judicial, un veinticinco por ciento (25%) a la Fiscalía General de la Nación y el cincuenta por ciento (50%) restante queda para el Gobierno nacional, el cual reglamentará su distribución.

Es así que existe un comité integrado por un representante del Gobierno nacional, un representante de la Fiscalía General de la Nación y un representante de la Rama Judicial, quienes decidirán respecto de los bienes destinados a la Rama Judicial y a la Fiscalía. El otro comité para asignar los bienes destinados al Gobierno nacional está conformado por un representante del Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Justicia y del Derecho.

F. El caso concreto

El Consejo Nacional de Estupefacientes está conformado por varios ministros, jefes superiores de la administración, por el Procurador General de la Nación, cabeza de un órgano constitucional autónomo y otros funcionarios; si bien es cierto el Ministro de Justicia tiene la función de presidirlo, tal hecho no lo convierte en superior del Consejo y por tanto carece de competencia para revisar, aclarar o revocar sus actos.

Tampoco ha previsto el ordenamiento vigente otra autoridad de la cual se pueda predicar superioridad jerárquica, administrativa o funcional sobre el Consejo, y en tal virtud los actos administrativos de asignación definitiva de bienes del Frisco solamente podían ser modificados, revocados o aclarados por el Consejo mismo y, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1708 de 2014, por la autoridad que haga

sus veces en la materia, es decir por los comités que crearon la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 2136 de 2015.

En tal medida, lo atinente a la solicitud que efectuó la Alcaldía de Cauca para que se varíe la destinación de la asignación efectuada por el Consejo Nacional de Estupefacientes y se permita en los predios la construcción de viviendas de interés social con ocasión de una declaración de calamidad pública, debe ser atendida por el comité contemplado en el Decreto 2136 de 2015, conformado por un representante del Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Justicia y del Derecho.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE

¿Cuál es la autoridad administrativa competente para revisar, aclarar y/o revocar, de ser el caso, los actos administrativos de asignación definitiva de bienes pertenecientes al FRISCO, que hubiere expedido el Consejo Nacional de Estupefacientes en vigencia de la Ley 793 de 2002 y demás normas que la modifican o adicionan?

Corresponde a los comités creados por la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 2136 de 2015, en atención a si los bienes son destinados ora a la Rama Judicial y la Fiscalía ora al Gobierno, revisar, aclarar o revocar de ser el caso los actos administrativos de asignación definitiva de bienes pertenecientes al Frisco que hayan sido expedidos por el Consejo Nacional de Estupefacientes. Dichos comités expiden actos administrativos de manera colegiada de acuerdo a los límites y en las condiciones del artículo 91 de la Ley 1708 de 2014.

En todo caso, los predios rurales sobre los que recaiga la acción de extinción de dominio serán destinados a los programas de generación de acceso a la tierra administrados por el Gobierno nacional, de acuerdo con la reglamentación que expida el Presidente de la República.

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

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

7. Autonomía, discrecionalidad y proporcionalidad de las medidas administrativas adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud

Radicado 2358

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 18 de enero de 2018

El señor Ministro de Salud y Protección Social solicita concepto sobre los eventos y las condiciones en los que la Superintendencia Nacional de Salud puede adoptar la medida administrativa de toma de posesión, para administrar o liquidar un agente del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

I. Antecedentes

1. La consulta presentada por el Ministerio de Salud y Protección Social está referida, de manera general, a las funciones de inspección, vigilancia y control que tiene la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante SNS) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS) y, específicamente, a la potestad de adoptar la medida de toma de posesión que se deriva de aquellas.
2. Como marco legal y reglamentario de la potestad de la SNS para adoptar la medida de toma de posesión de un agente del SGSSS, el Ministerio relaciona las siguientes disposiciones: arts. 230 ss. de la Ley 100 de 1993; el artículo 68 de la Ley 715 de 2001; el art. 35 de la Ley 1122 de 2007 y el art. 68 de Ley 1753 de 2015.
3. Destaca el Ministerio que de acuerdo con el art 35 de la Ley 1122 de 2007, las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS comprenden diversos tipos de actuaciones, entre otras la inspección por medio de visitas, la revisión de documentos, el seguimiento, la advertencia, la orientación y asistencia, y las medidas administrativas dentro de las cuales se encuentra la adopción de la toma de posesión.
4. Finalmente, el Ministerio concluye que de acuerdo con la normatividad vigente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en la materia:
 - La SNS cuenta con “un amplio catálogo de medidas de que puede hacer uso, tendientes a conminar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los actores del Sistema, revocar o suspender las autorizaciones que la misma Superintendencia profiere e intervenir directamente para el adecuado ejercicio de las funciones de sus vigilados” y,
 - (...) que los precedentes jurisprudenciales reiteran y desarrollan la autonomía y discrecionalidad de que dispone la SNS para la imposición de medidas asociadas a sus funciones de inspección, vigilancia y control”.

A partir de este escenario jurídico, el Ministro de Salud y Protección Social formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Cualquier incumplimiento en las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión?*
2. *¿Es la protección a la confianza pública en el sistema, referida en el párrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, un factor a tener en cuenta por la SNS en la gestión de sus funciones de IVC, y particularmente en la adopción de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar?*
3. *¿La medida de toma de posesión tiene un carácter extremo que obliga a un examen de proporcionalidad entre esta y las otras medidas que consagra la ley, de forma tal que su imposición solo será posible cuando la gravedad de la situación lo imponga por la insuficiencia razonada de otras medidas?*
4. *Teniendo en cuenta que la toma de posesión es una medida extrema, que procede cuando se han agotado todas las alternativas para recuperar la empresa (Sentencia C-780 de 2001), ¿Es demandable el acto administrativo que recurre a las medidas de toma de posesión, revocatoria o suspensión del certificado de autorización o de habilitación de funcionamiento, cuando existen otras alternativas más proporcionales, frente a una situación crítica de la empresa, que ponderan principios constitucionales como la confianza legítima y la libertad de empresa, por no estar suficientemente motivado o por desviación de poder afectando la validez del acto?*
5. *¿En el análisis de proporcionalidad del actuar de la Superintendencia, respecto a una situación fáctica evidenciada, la imposición de la medida debe tener en cuenta los impactos de la misma en el Sistema, o su razonamiento se hace exclusivamente respecto de la entidad objeto de la medida?*

PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

El problema jurídico central planteado a la Sala se orienta a determinar cuándo y bajo qué criterios procede la medida de toma de posesión para administración o liquidación, de una empresa objeto de vigilancia por parte de la SNS. Para absolver este interrogante y los demás planteados por la consulta, la Sala considera necesario analizar los siguientes temas:

1. La toma de posesión como medida de intervención del Estado en el Sistema de Seguridad Social en Salud en virtud de las funciones de inspección, vigilancia y control.
2. Marco jurídico de la toma de posesión a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud: Causales y condiciones de procedencia de la medida.
3. La discrecionalidad de la SNS para la adopción de la medida de toma de posesión.

1. La toma de posesión como medida de intervención del Estado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en virtud de las funciones inspección, vigilancia y control

La atención de la salud es servicio público a cargo del Estado; este debe garantizar a todas las personas su acceso en las modalidades de promoción, protección y recuperación de la salud, y le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de estos servicios, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como también fijar las políticas necesarias para la prestación de los mismos por entidades privadas, de acuerdo a lo previsto en el art. 49 superior.

Dicho precepto constitucional guarda íntima relación con el art. 335 superior, que establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Igualmente, el art. 48 encuentra relación con los artículos 189-22 y 150-7 de la Constitución, los cuales establecen que le corresponde al Presidente de la República “Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos” y que es el legislador el encargado de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución.

En definitiva, por expreso mandato de los arts. 9 y 365 de la C. P., la seguridad social en salud es un servicio público sujeto a la regulación, control y vigilancia del Estado, en cabeza del Presidente de la República.

Sin embargo, las funciones de inspección, vigilancia y control a las que se acaba de hacer referencia, deben llevarse a cabo por las superintendencias encargadas, esto es, por organismos técnicos y especializados capaces de efectuar con la eficacia y la exhaustividad requerida esta labor, bajo la orientación del Presidente de la República que es el titular de las respectivas competencias y, en todo caso, con sujeción a la ley.

En materia de seguridad social en el sector salud, la función de inspección y vigilancia asignada al Presidente se ejerce a través de la SNS, organismo de carácter técnico creado por la Ley 100 de 1993, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Los objetivos que se buscan a través de las actividades de inspección, vigilancia y control por parte de la citada Superintendencia son, entre otros: fijar las políticas de inspección, vigilancia y control del SGSSS, exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en salud y promover el mejoramiento integral del mismo; proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud, y velar por la eficiencia en

la generación recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de servicios de salud (art. 39 de la Ley 1122 de 2007).

De conformidad con los citados objetivos se podrían afirmar que, en términos generales, el ejercicio de las actividades de vigilancia y control a cargo de la SNS se dirige a asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente del servicio de seguridad social en salud y a lograr que los recursos destinados a su financiación se utilicen exclusivamente para tales fines.

Para este propósito, la SNS ha sido investida con una serie de funciones y facultades, dentro de las cuales se encuentra la potestad de ordenar la toma de posesión para administrar o para liquidar a los agentes del SGSSS. Esta potestad fue concebida a partir de la Ley 100 de 1993 y se encuentra actualmente contemplada en el art. 7 del Decreto 2462 de 2003.

En cuanto a la naturaleza de la toma de posesión como instrumento para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS, se debe advertir que este mecanismo no es una medida administrativa de carácter sancionatorio, como sí sucede con la facultad de imponer multas por la violación del régimen del SGSSS o facultad de revocar o suspender la autorización para funcionar de las entidades vigiladas.

En su lugar, la naturaleza de la medida de toma de posesión –al igual que la de las demás medidas preventivas o de salvamento concebidas por el legislador para evitar la toma de posesión– corresponde más a la de una medida cautelar¹⁹⁰, que tiene por objeto corregir situaciones económicas y administrativas, con el fin de poner la institución intervenida en condiciones de desarrollar su objeto social o de liquidarla cuando a juicio de la Superintendencia así se requiera para salvaguardar el interés público comprometido.

Al respecto, es importante recordar que la medida de toma de posesión es un mecanismo de intervención anterior a la Constitución Política de 1991, cuyos antecedentes se remontan a la Ley 45 de 1923, que en sus artículos 48 y ss. otorgaban competencia al Superintendente Bancario para tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario, cuando hubiere incurrido en conductas y prácticas consideradas irregulares, nocivas y riesgosas para su actividad, que podían poner en peligro los intereses y derechos de sus usuarios y ahorradores y, por ende, afectar la economía en general.

Así las cosas, la toma de posesión se convirtió en una de las fórmulas de saneamiento o salvamento más antiguas previstas por nuestro ordenamiento para contrarrestar los casos de insolvencia o de iliquidez de las entidades financieras y colocarlas en condiciones de desarrollar su objeto social¹⁹¹. Con posterioridad, esta medida fue incorporada en el

190 Se toma como criterio lo analizado por la doctrina en relación con la medida de toma de posesión regulada por el EOSF. Cfr., especialmente Gualy, Jesús Heraclio. *Las medidas preventivas de la toma de posesión como instituto de saneamiento y protección de la confianza pública*. En la publicación por 80 años Superintendencia Bancaria de Colombia. Bogotá, julio de 2003. Sobre el particular Cfr. Martínez Neira, Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de Derecho Bancario*. Legis, Bogotá. 2000, pp. 457 ss.

191 Martínez Neira, Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de Derecho Bancario*. Cit, p. 457.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), expedido en abril de 1993 y actualmente modificado por las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003.

Es precisamente la regulación del EOSF, en la que parece haberse inspirado el legislador de la Ley 100 de 1993 al momento de contemplar la medida de toma de posesión para las entidades prestadoras de los servicios de salud, y las leyes sucesivas que han regulado esta figura en el SGSSS.

Por lo tanto, es oportuno resaltar que de acuerdo con EOSF, la figura de la toma de posesión está dirigida a desplazar la administración de la entidad financiera para establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación, si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto, o si se pueden adoptar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los ahorradores puedan obtener el pago de sus acreencias (art. 115).

Igualmente, interesa señalar que en la estructura del EOSF la regulación de la toma de posesión se encuentra inmediatamente después del artículo 113, denominado “instrumentos de salvamento o protección de la confianza pública”, en el cual se tipifican otras medidas dirigidas a contrarrestar la crisis económica y administrativa de las empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera, en favor de los usuarios del sistema financiero y de la confianza pública en el mismo, las cuales permite precaver o contrarrestar los hechos que hacen procedente la adopción de la medida de toma de posesión.

De la misma manera, la toma de posesión consagrada en el régimen del SGSSS, se constituye en una medida dirigida a contrarrestar la crisis económica o la insolvencia de un determinado agente del mercado, con dos objetivos estrechamente relacionados: garantizar la correcta prestación de los servicios de salud como servicios públicos de carácter esencial para todos los ciudadanos y, al mismo tiempo, evitar el deterioro sistémico del SGSSS, que se puede generar con la pérdida de la confianza pública en el sistema (parágrafo 1°, del art. 230 de la Ley 100 de 1993).

2. Marco jurídico de la toma de posesión a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud: Causales de procedencia de la medida

La toma de posesión es uno de los instrumentos de inspección, vigilancia y control con los que cuentan algunas Superintendencias en nuestro país, con el fin de garantizar la correcta prestación de un servicio público, en el entendido de que el Estado tiene la obligación de intervenir en este campo para garantizar la satisfacción del interés general.

En el SGSSS, la figura de la toma de posesión de las empresas vigiladas por la SNS fue prevista por la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia y se regularon, entre otros aspectos, el régimen de inspección, vigilancia del SGSSS, por parte de la SNS.

En efecto, el art. 230 de la Ley 100 de 1993, consagró:

“ARTÍCULO. 230. Régimen sancionatorio. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía.

El certificado de autorización que se le otorgue a las empresas promotoras de salud podrá ser revocado o suspendido por la superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos:

1. Petición de la entidad promotora de salud.
2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización.
3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización.
4. Cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa.
5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el plan de salud obligatorio.

PARAGRAFO 1º. El gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente ley, protegiendo la confianza pública en el sistema.

PARAGRAFO 2º. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica”.

Como se puede observar, el artículo transcrito regula tres grupos de figuras que, aunque distintas, hacen parte de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS:

- i) La facultad de la SNS para imponer multas en caso de incumplimiento del Régimen de seguridad social en salud –de naturaleza sancionatoria–.
- ii) La facultad de la Superintendencia para para revocar o suspender la autorización otorgada a las empresas promotoras de salud, en determinados eventos previstos en la misma normatividad y,
- iii) La individualización de las siguientes medidas de saneamiento, dirigidas a garantizar la adecuada prestación del servicio de salud, protegiendo la confianza pública

el SGSSS: procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, y toma de posesión para administrar o para liquidar.

En relación con la tercera de las figuras citadas, el art. 230 señaló expresamente que el Gobierno nacional reglamentaría la materia. Como se puede deducir, esta reglamentación tendría como objeto, entre otras, fijar las causales y condiciones de procedencia de estas medidas y el procedimiento aplicable para su adopción.

No obstante, por más de una década el Gobierno nacional guardó silencio al respecto, hasta que el legislador expidió la **Ley 715 de 2001**¹⁹², en la cual reiteró la exigencia de que el Gobierno reglamentara la figura de la toma de posesión para administrar o liquidar a los agentes del sector de la salud, en los siguientes términos:

“Artículo 42. Competencias en salud por parte de la nación. Corresponde a la nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (...)

42.8. Establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sea para su liquidación o administración a través de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que señale el reglamento. El Gobierno nacional en un término máximo de un año deberá expedir la reglamentación respectiva”. (...)

Artículo 68. Inspección y vigilancia. *La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo.*

Las organizaciones de economía solidaria que realicen funciones de Entidades Promotoras de Salud, administradoras de régimen subsidiado o presten servicios de salud y que reciban recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estarán sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, en relación con el cumplimiento de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del sector salud. Los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, IPS, privadas serán de competencia de la Superintendencia de Sociedades, con excepción de las fundaciones, corporaciones y demás entidades de utilidad común sin ánimo de lucro, siempre y cuando no hayan manejado recursos públicos o de la Seguridad Social en Salud.

192 Mediante la cual se incorporaron disposiciones para la organización del sector de salud y educación.

Para el ejercicio de sus funciones, la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la jurisdicción coactiva, realizará el cobro de las tasas, contribuciones y multas a que hubiere lugar.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos.

La intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento. (Negrillas de la Sala)

Como se puede extraer de las disposiciones transcritas, la Ley 715 de 2001 introdujo tres aspectos relevantes de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar a un agente del sector de la salud:

- i) Atribuyó expresamente la función de toma de posesión a la Superintendencia Nacional de Salud;
- ii) Amplió la individualización de agentes que pueden ser objeto de la toma de posesión: en efecto, mientras la Ley 100 se refiere a las empresas promotoras y prestadoras de los servicios de salud, la Ley 715 se refiere además a las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, y a las direcciones territoriales de salud.
- iii) Sujetó la toma de posesión a la adopción, previa y obligatoria, de medidas de salvamento, aunque no identificó expresamente a que medidas hacía referencia.

No obstante, es posible deducir que la norma hace referencia a las medidas de saneamiento que fueron contempladas en el parágrafo 1° del art. 230 de la Ley 100 de 1993, al lado de la medida de la toma de posesión: esto es, los procedimientos de fusión, la adquisición, y la cesión de activos, pasivos y contratos de las empresas vigiladas.

Cabe resaltar que a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993¹⁹³, las citadas medidas, incorporadas en el art. 230 *ibidem*, habían sido contempladas en el EOSF¹⁹⁴ bajo la rúbrica “institutos de salvamento y protección de la confianza pública, en el artículo inmediatamente anterior al que contempla la toma de posesión (art. 113)¹⁹⁵.

¹⁹³ La Ley 100 de 1993 fue publicada el 23 de diciembre de 1993.

¹⁹⁴ Decreto Ley 603 de 199, publicado el 2 de abril de 2003.

¹⁹⁵ En el art. 113 del EOSF se contemplaban, además de la fusión, la adquisición, la cesión de activos, pasivos y contratos de las empresas vigiladas, las figuras de la vigilancia especial, la recapitalización, la administración fiduciaria y la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución. Posteriormente, el art. 19 de la Ley 510 de 1999, mediante el cual se adicionó el art. 113 del EOSF se introdujeron en el régimen financiero cuatro nuevas modalidades de medidas preventivas, a saber: los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; y la posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil. Finalmente, los art. 28 y 29 de la Ley 795 de 2003 consagraron dos nuevos mecanismos preventivos de la toma de posesión. Uno de ellos es la exclusión de activos y pasivos, y el otro, los programas de desmonte progresivo.

En consecuencia, es posible deducir que el art. 230 de la Ley 100 de 1993 se inspiró en el art. 113 del EOSF, al momento de contemplar la aplicación de medidas de salvamento y la medida de toma de posesión a las empresas vigiladas por la SNS.

En este orden de ideas, es importante destacar que las medidas reguladas por el art. 113 del EOSF han sido definidas por la doctrina como:

“(...) medidas cautelares que dicho funcionario puede ordenar, promover o autorizar, según el caso, con el fin de prevenir que una institución sometida a su control y vigilancia incurra en causal de toma de posesión, o para subsanarla. Las mismas hacen parte de los institutos de salvamento y protección de la confianza pública autorizados a la Superintendencia Bancaria para asegurar el interés general y proteger las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas del sector financiero”¹⁹⁶.

Ahora bien, nótese que el art. 68 de la Ley 715 de 2001, al utilizar el verbo “tendrá”, estableció la obligación –y no la discrecionalidad– de la SNS para adoptar medidas de salvamento en la primera fase de la intervención de la entidad. Sin embargo, como se analiza más adelante, esta obligación fue modificada tácitamente por la Ley 1753 de 2015. Sobre el punto regresará la Sala más adelante.

Por ahora, se debe señalar que en desarrollo de lo dispuesto en el art. 68 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno nacional finalmente reguló –aunque parcialmente– la figura de la toma de posesión, a través de los Decretos 1015 y 3023 de 2002, así:

i) Decreto 1015 de mayo de 2002:

Artículo 1º. *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.*

ii) Decreto 3023 de diciembre de 2002:

Artículo 1º. *La Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, de conformidad con la evaluación previa, el*

¹⁹⁶ Gualy, Jesús Heraclio. *Las medidas preventivas de la toma de posesión como instituto de saneamiento y protección de la confianza pública*. En la publicación por 80 años Superintendencia Bancaria de Colombia. Bogotá, julio de 2003.

grado y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación de los servicios de salud.

Para tales efectos, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas de procedimiento previstas en el Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan. (Negrillas de la Sala).

Como se puede observar, el Decreto 3023 de 2002 estableció que la medida de toma de posesión para liquidación debe ser adoptada teniendo en consideración la gravedad y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

De esta disposición se deduce entonces la consagración de una causal genérica para la procedencia de la toma de posesión de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Empresas Promotoras de Salud (en adelante EPS) y en las Administradoras del Régimen Subsidiado (en adelante ARS): esto es, la existencia de una falta, anomalía e ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

Al respecto, nótese que el Decreto 3023 de 2002 se refiere exclusivamente a la medida de “toma de posesión para la liquidación de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo, en las EPS y en las ARS.

Ahora bien, tanto el Decreto 3023 de 2002 como el Decreto 1015 del mismo año remiten al procedimiento previsto EOSF para la adopción de la medida de toma de posesión: el primero, para la medida de toma de posesión “para liquidar” un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS y el segundo, para la medida de toma de posesión “para administrar o liquidar” a las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, EPS e IPS de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud.

De manera adicional, para la adopción de la medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de una entidad promotora de salud de carácter público, el Decreto 1566 de 2002, reglamentario del art. 230 de la Ley 100 de 1993, impuso a la SNS la obligación de obtener concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, con posterioridad a los decretos reglamentarios de los arts. 230 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2462 de 2013¹⁹⁷, que regula la naturaleza, estructura y funciones de la SNS, individualizó la toma de posesión como una de las funciones a cargo del despacho del Superintendente Nacional de Salud, así:

“Art. 7. Funciones del Despacho del Superintendente Nacional de Salud: (...)

197 Decreto que regula actualmente la naturaleza, estructura, objetivos y funciones de la SNS.

13. Ordenar la toma de posesión y la correspondiente intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar a los sujetos vigilados que cumplan funciones de explotación o administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB) o las que hagan sus veces o prestadores de servicios de salud de cualquier naturaleza; así como intervenir técnica y administrativamente las Direcciones Territoriales de Salud, cualquiera que sea la denominación que le otorgue el Ente Territorial en los términos de la ley y los reglamentos”.

Finalmente, la **Ley 1753 de 2015**, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, preceptuó:

“ARTÍCULO 68. MEDIDAS ESPECIALES. Sin perjuicio de lo previsto en las demás normas que regulen la toma de posesión **y ante la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero**, el Superintendente Nacional de Salud **podrá ordenar o autorizar** a las entidades vigiladas, la adopción individual o conjunta de las medidas de que **trata el artículo 113 del mismo Estatuto, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

Las medidas especiales que se ordenen se regirán por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incluido el artículo 291 y siguientes de ese estatuto, en lo que resulte pertinente a las medidas especiales; el Decreto número 2555 de 2010; las disposiciones aplicables del Sector Salud y las normas que los sustituyan, modifiquen o complementen. El Gobierno nacional reglamentará la forma de armonizar las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión para su adecuada implementación en el Sector Salud.

*Con cargo a los recursos del Fosyga– Subcuenta de Garantías para la Salud, el Gobierno nacional podrá llevar a cabo cualquiera de las operaciones autorizadas en el artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (...). **El Gobierno nacional reglamentará lo dispuesto en el presente artículo**”.* (Negrillas de la Sala).

De esta disposición se extraen las siguientes conclusiones:

Siempre que se verifique alguna de las causales previstas en el art. 114 del EOSF (el cual consagra las causales para la adopción de la medida de toma de posesión en el sector financiero), la SNS “podrá” ordenar o autorizar las medidas de salvamento y protección de la confianza pública previstas en el art. 113 del mismo Estatuto¹⁹⁸, a saber: la vigilancia especial; la recapitalización; la administración fiduciaria; la fusión y la cesión total parcial de activos y contratos; la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución; los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; la posibilidad de conversión para las

198 El art. 113 del EOSF fue adicionado por el art. 19 de la Ley 510 de 1999 y los art. 28 y 29 de la Ley 795 de 2003, en las que se extendieron las medidas de salvamento y protección de la confianza pública, tal y como se describen a continuación en el texto.

personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil; la exclusión de activos y pasivos, y los programas de desmonte progresivo.

Imperioso resulta destacar, además, que el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 modificó tácitamente la “obligación” que tenía la SNS de adoptar medidas de salvamento previa a la adopción de la medida de toma de posesión, al tenor de la siguiente disposición del art. 68 de la Ley 715 de 2001: “(...) la intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento”.

En efecto, cuando en el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 el legislador incorporó el verbo “podrá” en lugar de “tendrá”, dejó a discrecionalidad y no como obligación de la SNS, la adopción de instrumentos de salvamento, previa a la adopción de la medida de toma de posesión.

En definitiva, la SNS tiene la facultad de determinar, en cada caso concreto, si ante la ocurrencia de determinados hechos que encajan en alguna de las causales para la adopción de la medida de toma de posesión, reguladas en el art. 114 del EOSF, es necesario adoptar alguna de las medidas de salvamento reguladas por el art. 113 ibídem, las cuales permiten, justamente, precaver o contrarrestar los hechos que dan lugar a la medida de toma de posesión. Sobre este aspecto regresará la Sala más adelante.

Por ahora, la Sala considera oportuno detenerse en la segunda conclusión relevante que se extrae del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, esto es: que las causales previstas en el art. 114 del EOSF son aplicables a la medida de toma de posesión del SGSSS.

Al respecto, se advierte cómo, una interpretación literal del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 pareciera dar a entender que cuando se verifica alguna de las causales previstas en el art. 114 ibídem para adoptar la medida de toma de posesión, la SNS solo podrá adoptar los instrumentos de salvamento y protección de la confianza pública previstos en el art. 113 ibídem, pero no la medida de toma de posesión en sí misma considerada.

No obstante, la Sala observa la necesidad de realizar una interpretación sistemática, teleológica y útil del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, en armonía con las normas que regulan la medida de toma de posesión en el SGSSS, especialmente, con el interés jurídico tutelado por esta medida: esto es, salvaguardar la prestación del servicio de salud con el fin de garantizar los derechos de los usuarios y la confianza pública en el SGSSS.

En este sentido, se puede afirmar que si la finalidad del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 es que ante la ocurrencia de cualquiera de los hechos que dan lugar a la toma de posesión de conformidad con el art. 114 del EOSF, la SNS pueda adoptar uno o varios de los instrumentos de salvamento previstos en el art. 113 ibídem, con mayor razón “pueda” o “deba”¹⁹⁹ adoptar la medida de toma de posesión, en garantía de los mismos objetivos

199 Según el tipo de causal de que se trate.

que persiguen las medidas de salvamento, esto es salvaguardar la adecuada prestación de los servicios de salud, protegiendo confianza pública en el SGSSS.

En definitiva, a juicio de la Sala, una adecuada hermenéutica del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 permite concluir que, a partir de la Ley 1753 de 2015, las causales de toma posesión del art. 114 del EOSF, también aplican para la adopción de esta medida por parte de la SNS. Así las cosas, es relevante señalar que el art. 114 del EOSF, adicionado por el art. 20 de la Ley 510 de 1999 y el art. 32 de la Ley 795 de 2003, distingue entre las causales que dan lugar a una medida de toma de posesión que se podría denominar “discrecional” y a unas causales que dan lugar a una medida de toma de posesión “obligatoria”. En relación con las primeras, el numeral 1 del art. 114 preceptúa:

*“1. Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos **que, a su juicio, hagan necesaria la medida** y previo concepto del consejo asesor:*

“a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;

b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;

c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;

d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;

e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;

f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura, y,

g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito.

h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de esta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad;

i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto;

j. Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados”. (Negrillas de la Sala).

En relación con las segundas, el numeral 2 del art. 114 ibídem establece:

“2. La Superintendencia Bancaria deberá tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando se presente alguno de los siguientes hechos:

“a) Cuando se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado;

b) Cuando haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general señale el Gobierno nacional, de conformidad con el artículo 48, literal i)”

Como se analizó previamente, al tenor del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 estas causales de toma de posesión son aplicables a la adoptada por la SNS. Vale la pena agregar, siempre y cuando dichas causales sean compatibles con las características especiales de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y el régimen técnico, jurídico y financiero aplicable a las mismas.

Especialmente, en relación con las causales en virtud de las cuales la SNS “debe” adoptar una medida de toma de posesión, según el numeral 2 del art. 114 del EOSF, la Superintendencia tendrá que determinar si la empresa vigilada está sujeta a normas sobre patrimonio adecuado, como sucede por ejemplo con las EPS de acuerdo con el art. 2.5.2.2.1.7. del Decreto 780 de 2016²⁰⁰, o si expiró el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplieron las metas de los mismos, de conformidad con las normas que regulan el SGSSS.

Finalmente, teniendo en cuenta las preguntas formuladas por la consulta, la Sala considera relevante detenerse en la siguiente causal que da lugar a la adopción discrecional de la medida de toma de posesión, de conformidad con el literal e) del art. 114 del EOSF, esto es, la violación reiterada de los estatutos y la ley.

Como se puede observar, al tenor de esta causal de toma de posesión es evidente que el incumplimiento de las obligaciones que la ley o los estatutos le impone a una entidad vigilada por la SNS, le abre la posibilidad a la Superintendencia para adoptar la medida de toma de posesión.

No obstante, nótese que de acuerdo con la misma norma, la Superintendencia deberá constatar, en cada caso concreto, que se trata de un **incumplimiento reiterado** de las obligaciones de la entidad vigilada, toda vez que la causal solo se configura cuando la entidad vigilada ha **persistido** en el incumplimiento de sus cargas u obligaciones.

Lo anterior, sin perjuicio de que, con el incumplimiento de las obligaciones de la entidad vigilada, se configure automáticamente otra de las causales de procedencia de la medida de toma de posesión, consagradas en el numeral 1 del art. 114 *ibídem*.

200 Decreto por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

En todo caso, siempre que se trata de la causales prevista en el numeral 1 ibídem, la adopción de la medida de toma de posesión es una decisión discrecional de la SNS, que debe estar guiada por el objetivo de salvaguardar la adecuada prestación del servicio de salud y la correcta gestión financiera de los recursos del SGSSS, protegiendo la confianza pública en el sistema. Sobre este aspecto regresará la Sala más adelante.

Conclusiones

De acuerdo con el marco jurídico expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En términos generales, la medida de toma de posesión de una entidad vigilada por la SNS, sea para administrar o para liquidar, cuenta con las siguientes características y requisitos:

- i) Tiene como objetivo garantizar la adecuada prestación del servicio de salud y proteger la confianza pública en el SGSSS (art. 230 de la Ley 100 de 1993).
- ii) Puede consistir en una intervención para la administración o para liquidación de la entidad vigilada (Ley 715 de 2001).
- iii) Previa la adopción de la medida de toma de posesión, la SNS podrá adoptar, a su juicio, una o varias de las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF, que tienen como fin de garantizar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del SGSSS y, por esta vía, precaver la adopción de la medida de toma de posesión en favor de lo usuarios (art. 68 de la Ley 1573 de 2015).
- iv) De acuerdo con la remisión realizada por el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 al EOSF, la adopción de la medida de toma de posesión puede ser:
 - a. Discrecional, cuando ante la ocurrencia de una o varias de las causales previstas en el numeral 1, del art. 114 del EOSF, la SNS está en la facultad de valorar la necesidad y proporcionalidad de adoptar la medida de toma de posesión y,
 - b. Obligatoria, cuando la ocurrencia de la causal obliga a la SNS a implementar la medida.

De manera adicional, la toma de posesión para liquidación de algunas entidades vigiladas por la SNS, cuenta con las siguientes características y requisitos especiales:

- i) Cuando se trata de la medida de toma de posesión para la liquidación de un ramo o de un programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS, la medida puede ser adoptada por la SNS siempre que se presente una falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio de salud, previa evaluación del grado y la causa de aquella (Decreto 3023 de 2002), lo que implica un exámen detallado

de la entidad y la gravedad de la falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio.

- ii) Por otro lado, cuando se trata de una medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de entidades promotoras de salud de carácter público, la SNS tiene la carga de obtener el concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

3) La discrecionalidad de la SNS para la adopción de la medida de toma de posesión.

Como se deduce del anterior contexto normativo, la SNS tiene la discrecionalidad y no la obligación de adoptar la medida de toma de posesión de un agente del SGSSS, cuando se verifique alguna de las causales previstas en el numeral 1 del art. 114 *ibídem*. Al respecto, es importante recordar que el art. 44 del CPACA preceptúa:

*“En la medida en que **el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional**, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.* (Negrillas de la Sala)

Adicionalmente, esta disposición se encuentra en concordancia con el art. 209 superior, que regula los principios que gobiernan la función administrativa:

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

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

En relación con los actos discrecionales de la administración, la Corte Constitucional ha señalado:

“La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del C. C. A”²⁰¹.

De igual forma, la Corte ha señalado que la existencia de facultades discrecionales creadas por la ley, en ningún caso puede ser entendida como el otorgamiento de poderes

201 Corte Constitucional. Sentencia SU. 917 de 2010.

absolutos a los entes públicos. Una situación como esa conduciría a la violación de principios de rango constitucional, a los cuales se hizo alusión en el capítulo anterior. Al respecto esta Corporación dijo:

“Para tal fin se ha aceptado que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así como el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo establece que las decisiones administrativas deben ser motivadas al menos de forma sumaria cuando afectan a particulares, mientras que el artículo 36 del mismo estatuto señala los principales límites al ejercicio de la facultad discrecional. En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa”²⁰².

En suma, si bien la decisión de adoptar la medida de toma de posesión es un acto discrecional de la SNS, esta no es de carácter absoluto o arbitrario; por el contrario, esta discrecionalidad impone a la Superintendencia la obligación de valorar en forma razonable y proporcional la necesidad y oportunidad de adoptar la medida de toma de posesión, previa verificación de los hechos que sustentan la medida y teniendo en cuenta los objetivos que se persiguen con esta, de conformidad con la ley y el reglamento.

Por ello, se debe recordar que acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993, los objetivos de la medida de toma de posesión de los agentes del SGSSS son: garantizar la adecuada prestación del servicio de salud y la confianza pública en el SGSSS, pues solo preservando la correcta prestación del servicio de salud a los usuarios de una empresa que se encuentra en crisis económica y administrativa, se precave el riesgo sistémico de que se pierda la confianza pública en el SGSSS.

Ahora bien, importa destacar que al tenor del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, la discrecionalidad de la SNS en relación con la medida de toma de posesión, también se extiende a la facultad de optar por otras medidas de salvamento, antes de adoptar la medida de toma de posesión.

En efecto, de conformidad con el art. 68 de la Ley 1753 de 2015, cuando se presenta alguna de las causales de toma de posesión señaladas en el art. 114 del EOSF, la SNS tiene la discrecionalidad de adoptar algunas de los instrumentos de salvamento consagradas en el art. 113 del EOSF.

En este orden de ideas, cabe resaltar que la toma de posesión es una medida “extrema”, si se entiende por tal aquella que procede ante la ocurrencia de hechos que afectan en forma particularmente grave el interés público tutelado por la SNS, específicamente, la adecuada prestación del servicio de salud y la confianza pública en el sistema.

202 Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2012.

Por lo tanto, ante la ocurrencia de alguna de las causales de toma de posesión previstas en el numeral 1 del artículo 114 del EOSF, la SNS tiene la obligación de verificar en forma detallada y exhaustiva los hechos que sustentan la medida; la necesidad y proporcionalidad de su adopción e, incluso, si es conveniente adoptar o no alguna de las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF, antes de adoptar la medida de toma de posesión.

Por el contrario, no es posible afirmar que la medida de toma de posesión es una “medida extrema”, en el entendido que solo procede cuando se han agotado previamente las medidas de salvamento prevista en el art. 113 del EOSF, pues como ya se analizó, esta decisión es discrecional de la SNS.

Finalmente, cabe resaltar que el carácter extremo de la medida de toma de posesión, en cualquiera de las acepciones antes mencionadas, no se deduce de lo analizado en la sentencia C-780 de 2001, como parece sugerirlo el Ministerio de Salud y Protección Social en la formulación de cuarta pregunta de la consulta.

En efecto, la citada sentencia analiza la constitucionalidad del precepto legal que, para efectos de la constitución de una entidad financiera, prohíbe al Superintendente Bancario (hoy Superintendente financiero) autorizar la participación de los revisores fiscales que actuaban en el momento de la toma de posesión con fines de liquidación de una entidad financiera. Lo anterior, teniendo en cuenta: i) los límites de configuración legislativa de los hechos punibles y de las faltas administrativas y, ii) La necesidad, razonabilidad y proporcionada que se podía o no predicar de la inhabilidad contenida en la norma demandada, teniendo en cuenta el derecho del revisor fiscal a tener un trata igualitario y el objetivo de proteger principios y valores como la transparencia, la eficacia o el interés general en los procesos de constitución de las entidades financieras. En consecuencia, nada tiene que ver esta sentencia con las condiciones en las cuales se debe adoptar la toma de posesión, como mecanismo de salvamento de una entidad sujeta a la inspección, control y vigilancia del Estado.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE

- 1) *¿Cualquier incumplimiento en las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión?*

Para dar respuesta a esta pregunta la Sala considera importante hacer la siguiente distinción.

- i) **De conformidad con las causales que permiten adoptar discrecionalmente la medida de toma de posesión**

Cualquier incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, no genera automáticamente

una causal válida para la toma de posesión. Siempre que se verifique una de las causales previstas en el numeral 1 del art. 114 del EOSF, especialmente la relativa a la violación reiterada de las obligaciones que la ley o el reglamento le impone a las entidades vigiladas por la SNS, la decisión de adoptar la medida de toma de posesión es discrecional de esta entidad de vigilancia y control.

En todo caso, la decisión de la SNS deberá ser adoptada previa comprobación de los hechos que configuran la causal de toma de posesión y de un análisis de la necesidad y proporcionalidad de la medida, siempre guiada por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y proteger la confianza pública en el SGSSS.

ii) De conformidad con las causales que hacen obligatoria la adopción de la medida de toma de posesión

El incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión, siempre que con ese incumplimiento se configure alguna de las causales que dan lugar a la obligación de adoptar la medida de toma de posesión, de conformidad con el numeral 2 del art. 114 del EOSF.

Lo anterior, siempre y cuando dichas causales sean compatibles con las características especiales de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y el régimen técnico, jurídico y financiero aplicable a las mismas.

Específicamente, en relación con la causal señalada en el literal a) ibídem, en el entendido que la entidad vigilada esté sujeta a normas sobre patrimonio adecuado y, en relación con la causal prevista en el literal b) ibídem, bajo el presupuesto de que haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, de conformidad con las normas que rigen el SGSSS.

iii) Disposiciones especiales para la adopción de la medida de toma de posesión, para liquidar un ramo del régimen de subsidiario o contributivo en las EPS y ARS o para liquidar una EPS de carácter público.

De manera adicional a lo expuesto en los numerales anteriores, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 3023 de 2002, la medida de toma de posesión para la liquidación de un ramo o de un programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS, debe tener en cuenta especialmente la gravedad y la causa de la falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

Finalmente, de acuerdo con el Decreto 1566 de 2002, para la adopción de la medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de una entidad promotora de salud de carácter público, exige de la SNS obtener un concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

1. *¿Es la protección a la confianza pública en el sistema, referida en el parágrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, un factor a tener en cuenta por la SNS en la gestión*

de sus funciones de IVC, y particularmente en la adopción de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar?

Sí. La confianza pública en el SGSSS debe ser tenida en cuenta por la SNS al momento de adoptar la medida de toma de posesión para administrar o liquidar una entidad sujeta a su vigilancia y control, pues al tenor del art. 230 de la Ley 100 de 1993, este es uno de los objetivos que debe perseguir la entidad de inspección, vigilancia y control al momento de adoptar la medida de toma de posesión, en estrecha relación con el objetivo de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud a los usuarios del sistema.

- 2. ¿La medida de toma de posesión tiene un carácter extremo que obliga a un examen de proporcionalidad entre esta y las otras medidas que consagra la ley, de forma tal que su imposición solo será posible cuando la gravedad de la situación lo imponga por la insuficiencia razonada de otras medidas?*

La toma de posesión es una medida extrema, en cuanto debe ser adoptada por la SNS cuando ocurran hechos graves que afecten de manera importante el interés público tutelado por esta medida administrativa, específicamente, los contemplados en las causales de toma de posesión del art. 114 del EOSF, previa la comprobación de los hechos que sustentan la medida.

Ahora bien, la adopción de esta medida exige un examen de proporcionalidad y razonabilidad, que incluye la posibilidad de adoptar otros instrumentos preventivos o de salvamento, que podrían evitar o precaver la adopción de la medida de toma de posesión, especialmente, las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF. Este examen siempre deberá estar guiado por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y la confianza pública en el SGSSS.

- 3. Teniendo en cuenta que la toma de posesión es una medida extrema, que procede cuando se han agotado todas las alternativas para recuperar la empresa (Sentencia C-780 de 2001), ¿Es demandable el acto administrativo que recurre a las medidas de toma de posesión, revocatoria o suspensión del certificado de autorización o de habilitación de funcionamiento, cuando existen otras alternativas más proporcionales, frente a una situación crítica de la empresa, que ponderan principios constitucionales como la confianza legítima y la libertad de empresa, por no estar suficientemente motivado o por desviación de poder afectando la validez del acto?*

La Sala observa que los actos administrativos que declaran la medida de toma de posesión son susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo, cuando se considere que los mismos adolecen de una o varias de las causales de nulidad de los actos administrativos de carácter general y particular, al tenor de los arts. 137 y 138 del CPACA, entre ellos la infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo, la falsa motivación o la desviación de poder.

De manera adicional, se destaca que los actos que declaran la medida de toma de posesión son susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo por violar específicamente las condiciones en que deben ser expedidos los actos discrecionales, según lo preceptuado en el art. 44 del CPACA.

4. *¿En el análisis de proporcionalidad del actuar de la Superintendencia, respecto a una situación fáctica evidenciada, la imposición de la medida debe tener en cuenta los impactos de la misma en el Sistema, o su razonamiento se hace exclusivamente respecto de la entidad objeto de la medida?*

En el análisis de proporcionalidad que debe realizar la SNS al momento de adoptar la medida de toma de posesión, respecto a una situación fáctica evidenciada, la eventual imposición de la medida debe tener en cuenta los objetivos para los cuales ha sido consagrada la toma de posesión de conformidad con la ley, esto es, preservar la efectiva prestación del servicio público de salud, garantizando la confianza pública en el sistema (parágrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993).

Remítase al Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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



Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia