



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

---

# **Memoria 2017**

---

## **TOMO II**

### **CONCEPTOS:**

II. RAMA LEGISLATIVA

III. ASUNTOS ELECTORALES

IV. CONTRATACIÓN ESTATAL





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

---

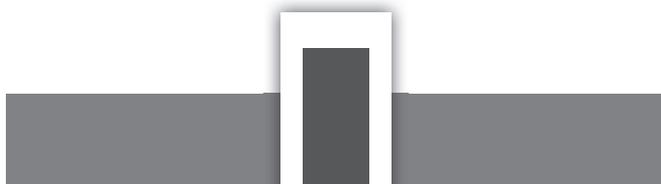
# Memoria 2017

---

**TOMO II**

**CONCEPTOS:**

- II. RAMA LEGISLATIVA
- III. ASUNTOS ELECTORALES
- IV. CONTRATACIÓN ESTATAL



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

## 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 presentarles 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 durante ese año, en cumplimiento de los mandatos legales y constitucionales correspondientes.

Resulta más honorífico aun poder redactar unas palabras referidas precisamente a las actividades que se han desarrollado 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 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 ...”*”<sup>1</sup>.

Sobre los alcances de la función consultiva remítanse, entre otros, al 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 solo 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*

<sup>1</sup> 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) ...”<sup>2</sup>.*

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, 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, aborda 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: la función consultiva; la resolución de conflictos y competencias entre autoridades administrativas del orden nacional, y, en tercer lugar, la participación en la elaboración e implementación de textos normativos.

<sup>2</sup> 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.

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 los 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 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 1817 y 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 a las 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 tuvo a su cargo la elaboración, con notable acierto, de informes similares al presente.

Bogotá, D.C., agosto de 2018

**Óscar 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

---

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	<b>3</b>
---------------------------	----------

### PRIMERA PARTE

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

<b>I. COMPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2017</b> .....	<b>16</b>
<b>II. ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2017</b> .....	<b>17</b>
<b>1. CONSULTAS ABSUELTAS AL GOBIERNO NACIONAL</b> .....	<b>17</b>
<b>2. CONFIRMACIONES</b> .....	<b>21</b>
<b>3. PARTICIPACIÓN EN SESIONES</b> .....	<b>21</b>
<b>4. PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS</b> .....	<b>21</b>
<b>5. ORGANIZACIÓN DE ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CULTURALES</b> .....	<b>22</b>
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

<b>6. PUBLICACIONES</b> .....	<b>32</b>
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
<b>7. DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS</b> .....	<b>33</b>
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. <b>Radicado 2017-00041</b> .....	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. <b>Radicado 2017-00154</b> .....	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). <b>Radicado 2016-00139</b> .....	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. <b>Radicado 2016-00162</b> .....	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. <b>Radicado 2017-00010</b> .....	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. <b>Radicado 2016-00216</b> .....	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) <b>Radicado 2016-00111</b> .....	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). <b>Radicado 2016-00191</b> .....	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. <b>Radicado 2017-00040</b> .....	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. <b>Radicado 2016-00258</b> .....	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. <b>Radicado 2017-00165</b> .....	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

---

<b>II. RAMA LEGISLATIVA</b> .....	<b>17</b>
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. <b>Radicado 2360</b> .....	19
2. Quórum y mayoría para la aprobación del proyecto de acto legislativo que crea circunscripciones especiales de paz. <b>Radicado 2364</b> .....	69
<b>III. ASUNTOS ELECTORALES</b> .....	<b>91</b>
1. Participación de servidores públicos en las actividades académicas y profesionales de los partidos y movimientos políticos. <b>Radicado 2134</b> .....	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. <b>Radicado 2349</b> .....	104
3. Efectos del voto en blanco de las Juntas Administradoras Locales en la elección de los Alcaldes Locales. <b>Radicado 2350</b> .....	115
<b>IV. CONTRATACIÓN ESTATAL</b> .....	<b>153</b>
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. <b>Radicado 2135</b> .....	155
2. Suspensión temporal del contrato estatal en la etapa de ejecución contractual. <b>Radicado 2278</b> .....	181
3. Oferta pública. Enajenación de la participación accionaria del Estado en las Sociedades por Acciones Simplificadas. <b>Radicado 2289</b> .....	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. <b>Radicado 2298</b> .....	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).	287
	<b>Radicado 2300</b> .....	
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.	302
	<b>Radicado 2319</b> .....	
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.	335
	<b>Radicado 2293</b> .....	
8.	Banco de la República. Desarrollo de actividades culturales. Contrato de comodato del Teatro Amira de la Rosa.	430
	<b>Radicado 2330</b> .....	
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.	466
	<b>Radicado 2337</b> .....	
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.	530
	<b>Radicado 2351</b> .....	

### **TOMO III**

---

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

2.	Competencia del Concejo de Bogotá para fijar escalas salariales de entidades distritales descentralizadas. <b>Radicado 2348</b> .....	35
<b>VI. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL ...</b>		<b>43</b>
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. <b>Radicado 2294</b> .....	45
2.	Negociaciones colectivas. Administración pública – Servidores públicos. <b>Radicado 2339</b> .....	63
3.	Homologación del servicio educativo –modificación, estudios técnicos requeridos, pago y prescripción. <b>Radicado 2301</b> .....	83
4.	Asignaciones salariales de docentes de los órdenes departamental, distrital y municipal. <b>Radicado 2302</b> .....	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. <b>Radicado 2326</b> .....	140
<b>VII. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS . . . . .</b>		<b>207</b>
1.	Fiscalización, determinación y cobro de obligaciones a favor del ICBF. <b>Radicado 2285</b> .....	209
2.	Democratización de la propiedad accionaria del Estado. No se aplica a la enajenación de acciones de empresas ubicadas en el exterior. <b>Radicado 2314</b> .....	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? <b>Radicado 2341</b> .....	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.	
	<b>Radicado 2354</b> .....	313
5.	Transferencias corrientes. Derogatoria de leyes. Autoridad Nacional de Televisión. Radio Televisión Nacional de Colombia.	
	<b>Radicado 2297</b> .....	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.	
	<b>Radicado 2310</b> .....	365
7.	Jurisdicción Especial para la Paz. Aplicación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en relación con su puesta en funcionamiento.	
	<b>Radicado 2353</b> .....	403
<b>VIII. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES</b> .....		<b>435</b>
1.	Bancos de germoplasma. Recurso genético. Recurso biológico. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Decisión 391 de la Comunidad Andina. ICA. Corpoica.	
	<b>Radicado 2124</b> .....	437
2.	Consulta previa. Naturaleza jurídica de las actas de protocolización de acuerdos. No son actos administrativos ni contratos estatales.	
	<b>Radicado 2290</b> .....	463
3.	Consulta previa. Protocolo de Nagoya.	
	<b>Radicado 2334</b> .....	493
<b>IX. OTROS ASUNTOS</b> .....		<b>537</b>
1.	Acceso a la información contenida en el Registro Único de Aportantes (RUA).	
	<b>Radicado 2112</b> .....	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	
	<b>Radicado 2311</b> .....	552



---

# Tercera Parte

---

**Conceptos de la Sala  
de Consulta y Servicio Civil  
publicados en el año 2017**

---



---

## II. RAMA LEGISLATIVA

---



## 1. Procedimiento legislativo especial para la paz (“*fast track*”). Vencimiento de la prórroga. Trámite de proyectos de acto legislativo y de ley con posterioridad al vencimiento del plazo

### Radicado 2360

Fecha: 27/11/2017

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 6 de diciembre de 2017

El señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consulta a la Sala sobre el vencimiento de la prórroga del procedimiento legislativo especial para la paz (conocido como “*fast track*”) previsto en el Acto Legislativo 1 de 2016, así como sobre el trámite que deberá darse a los proyectos de acto legislativo y de ley que actualmente cursan en el Congreso de la República, una vez ocurra el vencimiento del plazo previsto para el mencionado procedimiento especial.

### I. Antecedentes

Relata el funcionario consultante que con el propósito de implementar el “*Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*” (Acuerdo Final), el Congreso de la República expidió el Acto Legislativo (A.L.) 1 de 2016, que en el artículo 1 estableció un “*nuevo artículo transitorio*” de la Constitución Política relativo al procedimiento legislativo especial para la paz.

Señala que el procedimiento especial estaba previsto para un período de 6 meses contados a partir de la entrada en vigencia del A. L. 1 de 2016 y que dicho procedimiento podía ser prorrogado por un período adicional de “hasta seis meses”, previa comunicación formal del Gobierno nacional al Congreso de la República, circunstancia que ocurrió mediante oficio del 26 de mayo de 2016, radicado ese mismo día en la Presidencia del Congreso.

Precisó que en el citado oficio el Gobierno nacional expuso que el término de la prórroga de seis meses solo se computaría dentro de los periodos de sesiones del Congreso, “*sin incluir el periodo de receso*” (entre el 20 de junio y el 20 de julio de 2017), con la advertencia de que ello se hacía sin perjuicio de la posibilidad de hacer un llamado a sesiones extraordinarias, “*evento en el cual se reactivaría el cómputo del término*”. Con todo, el llamado a sesiones extraordinarias no ocurrió.

En consecuencia afirma que está “*abierta la discusión sobre la fecha de vencimiento de la prórroga*” del procedimiento legislativo especial para la paz, y al respecto propone dos posibles interpretaciones, a saber: *i*) si los tiempos se computan de manera ininterrumpida, el plazo vencerá el 30 de noviembre de 2017, o *ii*) si por el contrario, no se cuentan los periodos de receso legislativo, el procedimiento expirará en una fecha posterior, que ocurrirá cuando se completen seis meses de sesiones dentro de la prórroga, que podrían ser ordinarias o extraordinarias.

Agrega que, con independencia de la fecha en la cual se considere que vence la prórroga del procedimiento legislativo especial, surge el interrogante de lo que sucedería con los proyectos en curso, cuyo trámite no haya alcanzado a concluir por esa vía. Para responder ese interrogante enuncia las posturas jurídicas que, a su juicio, solucionarían la problemática planteada: *i)* los proyectos deben ser archivados porque desaparece el procedimiento de formación; *ii)* los proyectos en curso pueden culminar su trámite con el procedimiento especial, aún después de vencida la prórroga, porque se deben respetar las reglas bajo las cuales se inició su procedimiento, y *iii)* los proyectos pueden continuar su trámite en el Congreso, pero sujetos al trámite ordinario establecido para las leyes o actos legislativos, según sea el caso.

Luego de exponer los argumentos que sostienen las diferentes tesis jurídicas planteadas, entre ellos, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre tránsito de legislación, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, el principio del efecto útil de las normas del A. L. 1 de 2016, la finalidad de dicho acto legislativo, los principios de “*unidad del procedimiento legislativo*” y de instrumentalidad de las formas, así como la comparación entre el procedimiento legislativo ordinario y el procedimiento especial para la paz, las cuales, a pesar de las diferencias existentes, “*no son de tal magnitud que hagan a ambos procedimientos incompatibles entre sí*”, el organismo consultante formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. “¿Cuándo vence la prórroga del procedimiento especial para la paz establecido en el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016, también conocido como ‘fast track’?”
2. “¿Qué ocurre con los proyectos de ley o de acto legislativo que al vencimiento de la prórroga del “fast track” hayan iniciado su trámite en el Congreso de la República pero no se hayan alcanzado a expedir? ¿deben archivarse o por el contrario es posible continuar con su proceso legislativo, y en este último caso, se pueden seguir tramitando bajo las normas procedimentales del ‘fast track’; o deben remitirse a partir de ese momento al procedimiento legislativo ordinario?”

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

### A. Planteamiento del problema jurídico

De conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas corresponde a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: *i)* ¿en qué fecha cierta vence la prórroga del procedimiento especial para la paz (“fast track”) establecido en el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016? *ii)* al vencimiento de dicha prórroga ¿qué sucede con los proyectos de acto legislativo y de ley que hubiesen iniciado su trámite en el Congreso de la República bajo las reglas del procedimiento legislativo especial para la paz, pero no lo hubieren concluido?

Para resolver las cuestiones planteadas, el análisis de la Sala comprenderá las siguientes materias: *i)* descripción del procedimiento legislativo especial para la paz (en adelante, procedimiento especial) y su comparación con el procedimiento legislativo ordinario; *ii)*

interpretación del plazo previsto en el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 2016 para la utilización del procedimiento legislativo especial, y *iii*) efectos del vencimiento del procedimiento especial frente a proyectos en trámite en el Congreso de la República que no lo hubieren concluido.

## B. El Acto Legislativo No. 1 de 2016

### 1. Texto y antecedentes

El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, llamado comúnmente “*tránsito rápido*” o “*fast track*”, para el trámite ágil y abreviado en el Congreso de la República de los proyectos de acto legislativo y de ley necesarios para la implementación del Acuerdo Final de Paz, fue instituido mediante el Acto Legislativo No. 1 del 7 de julio de 2016.

Este Acto Legislativo, “*Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*”, incorporó un artículo transitorio (sin número) a la Constitución Política de 1991, del siguiente tenor:

“**Artículo 1º.** *La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:*

**Artículo transitorio. Procedimiento legislativo especial para la paz.** *Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, de manera excepcional y transitoria se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, por un período de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo. Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República.*

*El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz se regirá por las siguientes reglas:*

- a) *Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz serán de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional, y su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y duradera;*
- b) *Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento legislativo especial para la Paz tendrán trámite preferencial. En consecuencia, tendrán absoluta prelación en el Orden del Día sobre cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva Cámara o Comisión decida sobre él;*
- c) *El título de las leyes y los actos legislativos a los que se refiere este artículo, deberá corresponder precisamente a su contenido y a su texto procederá (sic) esta fórmula: “El*

Congreso de Colombia, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, DECRETA”;

- d) *El primer debate de los proyectos de ley se surtirá en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas, sin que medie para ello solicitud del Gobierno nacional. El segundo debate en las plenarias de cada una de las Cámaras;*
- e) *Los proyectos de ley serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza;*
- f) *Los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días.*
- g) *Los proyectos de acto legislativo serán aprobados por mayoría absoluta;*
- h) *(Literal declarado inexecutable<sup>1</sup>);*
- i) *Todos los proyectos (sic) y de acto legislativo podrán tramitarse en sesiones extraordinarias;*
- j) *(Literal declarado inexecutable<sup>2</sup>);*
- k) *Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia. Las Leyes Estatuarias tendrán control previo, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Constitución. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión para leyes y actos legislativos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.*

*En lo no establecido en este procedimiento especial, se aplicará el reglamento del Congreso de la República”.* (Negrillas ajenas al texto original).

Como se observa, el Congreso de la República ejerciendo su función de constituyente derivado, estableció, de manera **excepcional y transitoria**, un procedimiento legislativo especial, destinado a facilitar y garantizar la implementación normativa del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (en adelante, Acuerdo Final), procedimiento que puede aplicarse durante “*un período de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia*” del citado acto legislativo, y que podía ser “*prorrogado por un período adicional de hasta seis meses*”, si así lo solicitaba el Gobierno nacional.

1 Sentencia C-332 de 2017, de la Corte Constitucional.

2 Ídem.

Según los antecedentes parlamentarios<sup>3</sup>, el procedimiento especial se justificaría en el marco de negociaciones de paz por cuanto otras experiencias comparadas han demostrado la necesidad de una implementación oportuna que no ponga en riesgo lo acordado. Desde la ponencia para primer debate en el Senado se menciona, por ejemplo, el caso de Angola, donde hubo dos procesos de paz: *“el primero fracasó debido a que los acuerdos no se implementaron de manera efectiva; en el primer año solo se logró implementar el 1,85% de lo acordado y para el quinto año solo se había avanzado en el 53.7%. Sin embargo, en el segundo proceso de paz que por el contrario sí fue exitoso, durante el primer año se logró implementar el 68.42% de los acuerdos”*.

Con base en tales antecedentes la sentencia C-699 de 2016 de la Corte Constitucional, refiere experiencias ocurridas en India, Bosnia, El Salvador e Irlanda del Norte, a saber:

*“El caso de India demuestra algo similar; aunque durante el primer año después de la firma del acuerdo con las fuerzas separatistas de Bodoland, se logró implementar el 23.52% de lo acordado, 10 años después la implementación seguía en el mismo porcentaje. Esto llevó a que no fuera posible desescalar la violencia en los 10 (sic) e implementar las demás reformas necesarias para cumplir con los acuerdos. || Por el contrario, la efectiva implementación de los acuerdos y su relación con el éxito de un proceso de paz se evidencia en los casos de Bosnia, El Salvador e Irlanda del Norte. || En Bosnia durante el primer año se realizaron todas las reformas legales logrando así la implementación del 72% de lo acordado, para el quinto año se implementó el 84,7% de la totalidad del acuerdo y para el décimo año el 93%. Una particularidad de este caso es que para el segundo año del proceso de implementación se realizaron todas las reformas constitucionales necesarias para garantizar la sostenibilidad en el tiempo. En el caso de El Salvador, durante el primer año se implementó el 56% de la totalidad de los acuerdos y se realizaron la mitad de las reformas constitucionales requeridas. Durante el segundo año se realizaron las reformas constitucionales restantes, en el quinto año ya se había implementado un 88% de los acuerdos y para el décimo año el 95% de los acuerdos estaban ya implementados. || Irlanda del Norte, por su parte, se caracteriza por ser uno de los países que más rápido avanzó en el proceso de implementación. Durante el primer año se realizaron la totalidad de las reformas constitucionales que permitieron sentar las bases para el desarrollo legislativo posterior. Esto fue gracias al mecanismo de fast track que se diseñó dentro del Congreso”*.

Se creó así un procedimiento especial para la tramitación en el Congreso de la República de Colombia de los actos legislativos y las leyes de cualquier naturaleza, estatutarias, orgánicas y ordinarias, que fueran necesarios para dar efectividad y aplicabilidad al Acuerdo Final. El propósito era agilizar el trámite de las iniciativas en el Congreso para que se garantizara el cumplimiento de los acuerdos y el fin del conflicto.

3 A lo largo del trámite legislativo los informes de ponencia, como se observa en las Gacetas 821, 943, 1010, 1043 de 2015; y 113, 118, 276 de 2016, entre otras, son reiterativos en mencionar las experiencias de procesos de paz en otros países.

## 2. Comparación entre el procedimiento legislativo ordinario y el especial para la paz, tanto para el trámite de leyes (ordinarias, orgánicas y estatutarias) como de actos legislativos

### 2.1 Generalidades sobre el funcionamiento del Congreso de la República

#### 2.1.1. Legislaturas, períodos y sesiones

El Título V de la Constitución Política, relativo a la “Organización del Estado”, integra la estructura del Estado Colombiano (Capítulo 1) bajo la división tripartita tradicional del Poder Público, esto es, con las Ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial, a la cual agrega otros órganos autónomos e independientes encargados de las demás funciones del Estado (artículo 113<sup>4</sup>) que identifica y configura a lo largo del articulado la Carta. Dentro del Título V, Capítulo 1, el artículo 114 establece:

*“Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.*

*El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes”.*

El Título VI constitucional se ocupa de la Rama Legislativa. El Capítulo 2 del título en cita regula la reunión y el funcionamiento del Congreso de la República. En cuanto a “la reunión”, ordena:

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

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

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

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

Tal como lo sintetizó la Sala en concepto anterior<sup>5</sup>:

4 Constitución Política, artículo 113: “Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. / Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

5 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de julio de 1996, Radicación número 856, Referencia: Congreso de la República. Trámite de los proyectos de ley. ¿Qué se entiende por consideración de un proyecto en una legislatura?

**“1.1 Reuniones del Congreso.** Para cumplir sus funciones el Congreso se reúne, por derecho propio, en sesiones ordinarias durante dos períodos por año, que constituyen una sola legislatura. El primer período de sesiones comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; el segundo inicia el 16 de marzo y concluye el 20 de junio. También puede reunirse en sesiones extraordinarias, cuando sea convocado por el Gobierno y durante el tiempo que este señale (art. 138 C. N.)”

Dentro de cada legislatura, el Congreso se reúne por derecho propio en “sesiones ordinarias” que inician y terminan en las fechas que igualmente fija la norma constitucional, y en “sesiones extraordinarias” que responden a convocatorias del Gobierno nacional para el estudio de temas específicos, excepción hecha del trámite de actos reformativos de la Constitución, como se verá más adelante.

Sobre la convocatoria a sesiones extraordinarias, esta Sala concluyó su procedencia “en el periodo comprendido entre el 21 de junio y el 19 de julio”, con fundamento en el periodo para el cual son elegidos los congresistas<sup>6</sup>:

“1. El artículo 132 de la Constitución Política establece el periodo de los Congresistas de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 132.** Los senadores y los representantes serán elegidos para un período de cuatro años, que se inicia el 20 de julio siguiente a la elección”.

*Como se observa, este artículo establece el principio y el fin del periodo de los Congresistas. Una vez elegidos, el periodo empieza el 20 de julio siguiente a la elección y se extiende por 4 años hasta el día en que, correlativamente, inicia el periodo de los nuevos Congresistas.*

*En esa medida, los Congresistas tendrán esa calidad hasta el último día de su periodo constitucional.*

*Este sistema de relevo de quienes dejan el cargo de Congresista por vencimiento de su periodo constitucional y de quienes lo asumen por haber sido elegidos, determina, en otras palabras, que no exista un vacío temporal de institucionalidad en el poder legislativo, el cual, conforme a la Constitución, tiene funciones permanentes como la de control político, según se verá enseguida.*

*Por tanto, desde este punto de vista, los Congresistas podrían ser llamados a sesiones extraordinarias para el ejercicio de su función legislativa, en los términos en que lo permita la Constitución y la ley, hasta el último día de su periodo constitucional”.*

Ahora bien, la Ley 5ª de 1992, “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”, amplía la clasificación de las sesiones de dicho órgano y las define así:

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 22 de junio de 2010, Radicación No. 2018, Expediente: 11001-03-06-000-2010-00079-00, Referencia: Convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso.

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

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

- Son **sesiones ordinarias**, las que se efectúan por derecho propio durante los días comprendidos entre el 20 de julio y el 16 de diciembre y el 16 de marzo al 20 de junio, gozando las Cámaras de la plenitud de atribuciones constitucionales;
- Son **sesiones extraordinarias**, las que son convocadas por el Presidente de la República, estando en receso constitucional el Congreso y para el ejercicio de atribuciones limitadas;
- Son **sesiones especiales**, las que por derecho propio convoca el Congreso, estando en receso, en virtud de los estados de excepción;
- Son **sesiones permanentes**, las que durante la última media hora de la sesión se decretan para continuar con el orden del día hasta finalizar el día, si fuere el caso; y
- Son **sesiones reservadas**, las contempladas en el artículo siguiente<sup>7</sup>. (Las negrillas son del original).

## 2.2. El principio democrático y el procedimiento legislativo

Resulta pertinente señalar que el procedimiento legislativo regulado en las normas superiores y orgánicas citadas constituye la concreción del principio democrático en la actividad legislativa y constituyente del Congreso. A este respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-044 de 2017<sup>8</sup>, afirmó:

**“...La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado la importancia del debate parlamentario en la realización del principio democrático y la significación que, en ese contexto, tienen las distintas normas constitucionales y legales que regulan el proceso de formación de las leyes.**

En la Sentencia C-760 de 2001, la Corte expresó que las normas que, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, regulan el trámite de la adopción de la ley, están dirigidas a permitir un proceso en el cual puedan intervenir las diferentes corrientes del pensamiento que encuentran su espacio en las corporaciones que ostentan la representación popular y en el cual la opción regulativa finalmente adoptada sea fruto de una ponderada reflexión.

7 L. 5ª/92, Artículo 86. “SESIONES RESERVADAS. Solo serán reservadas las sesiones de las Cámaras y sus Comisiones cuando así ellas lo dispongan, a propuesta de sus Mesas Directivas, o por solicitud de un Ministro o de la quinta parte de sus miembros, y en consideración a la gravedad del asunto que impusiere la reserva. A esta determinación precederá una sesión privada, en la cual exprese el solicitante los motivos en que funda su petición. (...)”

8 Corte Constitucional, sentencia C-044 del 1º de febrero de 2017, expediente D-11433.

La Constitución, en sus artículos 145, 146, 157 y 160, señala los elementos fundamentales que deben reunir los debates: (i) el número mínimo de congresistas que deben estar presentes para iniciar la deliberación de cualquier asunto, así como para adoptar decisiones (Artículo 145, C. P.), (ii) la mayoría necesaria para adoptar decisiones en la respectiva Corporación, salvo que la Constitución exija una mayoría especial (Artículo 146, C. P.), (iii) el carácter imperativo de los debates en las comisiones y en las plenarios, sin los cuales ningún proyecto puede llegar a ser ley (Artículo 157, C. P.), (iv) la necesaria publicidad de lo que va a ser sometido a debate como presupuesto mínimo para garantizar la participación efectiva de los congresistas (Artículo 157, C. P.); en quinto lugar, el período mínimo que debe mediar entre debates como garantía de que la decisión del Congreso sobre el proyecto de ley es producto de una reflexión ponderada (Artículo 160, C. P.) y (vi) la votación de lo discutido como finalización del debate (Artículo 157, C. P.).

A su vez, la Ley 5ª de 1992, Orgánica del Reglamento del Congreso de la República, fija algunos de los parámetros que deben cumplir los debates parlamentarios o que sirven de orientación sobre la materia, entre los cuales se encuentran la definición legal de debate (artículo 94, inciso 1º); el momento de iniciación y de terminación del debate (artículos 94, inciso 2º, 157 y 176); el quórum deliberatorio y decisorio (artículos 95, y 117 a 119); las reglas generales que rigen la intervención de los congresistas en el debate de proyectos de ley y de actos legislativos (artículos 96 a 105); el trámite de las ponencias (artículos 150, 153, 156, 157, 171, 174, 175 y 176); el trámite de las proposiciones (112 a 115); las enmiendas a los proyectos (Artículos 160, 161, 162, 177, 178 y 179), o la forma de conciliar las diferencias entre lo aprobado en una y otra Cámara, en los términos del artículo 161 de la Constitución (Artículos 186 a 189).

**Estas reglas se orientan a asegurar la existencia de un debate legislativo y la realización de principios sustantivos, como la adecuada formación de la voluntad legislativa, de manera libre e ilustrada, el respeto por la regla de la mayoría, los derechos de las minorías, la existencia de oportunidades suficientes de deliberación y la publicidad de los asuntos debatidos.**

Por otra parte, la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, establece principios que deben tenerse en cuenta para la interpretación y aplicación de estas normas, entre los que se destaca el de corrección formal de los procedimientos, la regla según la cual las decisiones deben reflejar la voluntad de las mayorías y debe asegurar el derecho de las minorías a ser representadas, participar y expresarse. (...)

Tras recordar esos elementos centrales acerca de los debates en el Congreso de la República **y su importancia para la realización del principio democrático**, la Corte señaló que los requisitos constitucionales y legales que regulan el proceso de formación de las leyes no tienen como finalidad obstruir o dificultar tal proceso, sino que **deben interpretarse al servicio del fin sustantivo que cumplen**, dado que estas no tienen un valor en sí mismo. (Sentencias C-055 de 1995, C-760 de 2001, C-737 de 2001)”. (Subrayas ajenas al texto original. Notas al pie suprimidas).

Ahora bien, según el texto del A.L. 1 de 2016 el denominado “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” incluye un conjunto de reglas especiales y transitorias que reducen o exceptúan, en algunos aspectos, las etapas, los términos y las exigencias del procedimiento ordinario, aunque en relación con la mayoría exigida para la aprobación de los actos legislativos en primera vuelta, establece un requisito más estricto. Lo anterior implica que el procedimiento especial representa, en general, respecto del principio democrático, una menor intensidad en la protección que el procedimiento ordinario, sin que ello signifique una vulneración, un desconocimiento o una desprotección absoluta a dicho principio, lo que no sería compatible con los valores y principios fundamentales de la Carta Política.

Así las cosas, corresponde analizar las diferencias entre el procedimiento legislativo ordinario y el especial para la paz.

### 2.3. Comparación ente el procedimiento legislativo ordinario y el procedimiento legislativo especial para la paz previsto en el artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2016 (A.L. 1 de 2016)

Es preciso anotar que el detalle del procedimiento ordinario está contenido en la Ley 5 de 1992, por lo que, a continuación, se analizarán los aspectos de procedimiento más relevantes que se relacionan con el procedimiento legislativo especial para la paz, según el siguiente cuadro comparativo:

Ley Ordinaria		
Trámite	Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial
<b>Iniciativa</b>	<p><b>a.</b> Congresistas (artículo 154 C. P.).</p> <p><b>b.</b> Gobierno nacional, (artículo 154 C. P.).</p> <p><b>c.</b> Un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva (artículos 155 C. P. y 141 Ley 5ª de 1992).</p> <p><b>d.</b> El treinta por ciento de los concejales o diputados del país (artículos 155 C. P. y 141 Ley 5ª de 1992).</p> <p><b>e.</b> Por iniciativa única y exclusiva del Gobierno – Iniciativa legislativa reservada (artículos 154 C. P. y 142 de la Ley 5ª de 1992): son múltiples las materias de iniciativa exclusiva del Gobierno, tales como (i) Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas, (ii) Estructura de la administración nacional, (iii) Creación, supresión o fusión de entidades y organismos del orden nacional, (iv) Leyes mediante las cuales se dicten las normas generales, y se señalen en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno, previstas en el numeral 19 del artículo 150 C. P., (v) Leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales, (vi) Leyes aprobatorias de los Tratados o Convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional, entre otras.</p> <p><b>f.</b> En materias relacionadas con sus funciones (artículo 156 C. P.): Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Corte Suprema de Justicia, Consejo de</p>	<p>Exclusiva del Gobierno nacional, y su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (artículo 1 del A.L. 1 de 2016, literal a)).</p>

Ley Ordinaria		
Trámite	Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial
	<p>Estado, Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República.</p> <p><b>g.</b> Fiscal General de la Nación en proyectos relacionados con la política del Estado en materia criminal (artículo 251, núm. 4 C. P.).</p> <p><b>h.</b> Defensor del pueblo sobre materias relativas a su competencia (artículo 282, núm. 6 C. P.).</p>	
<b>Presentación, radicación, publicación, reparto y designación ponente</b>	<p><b>Presentación</b> Los proyectos de ley deben presentarse en original y dos copias, con su correspondiente exposición de motivos. En la Secretaría se deja constancia acerca del proyecto, en el cual se indicará su autor, materia, clase de proyecto y se define la Comisión que debe tramitarlo. Se le asigna un número con el que se identificará el proyecto durante el curso en la cámara respectiva<sup>9</sup>.</p> <p><b>Radicación</b> En la Secretaría de la Comisión respectiva se radica el proyecto de ley y se clasifica por materia, autor y clase de iniciativa presentada. (Artículo 149 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p><b>Publicación</b> Un proyecto de ley debe haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva (artículo 157 núm. 1 C. P.). Un ejemplar del proyecto es enviado por el Secretario para la publicación en la Gaceta del Congreso (artículo 144 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p><b>Reparto</b> El Presidente repartirá el proyecto de ley a la Comisión Permanente respectiva (artículo 144 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p><b>Designación ponente</b> La Mesa Directiva de la respectiva Comisión designa el ponente. Pueden designarse uno o varios si las conveniencias lo aconsejan. En todo caso habrá un ponente coordinador quien además de organizar el trabajo de la ponencia ayudará al Presidente en el trámite del proyecto respectivo. Cuando un proyecto de Acto legislativo o de ley sea presentado por una bancada, esta tendrá derecho a designar el ponente, o por lo menos uno de los ponentes cuando la ponencia sea colectiva. Cuando la ponencia sea colectiva la Mesa Directiva debe garantizar la representación de las diferentes bancadas en la designación de los ponentes (artículo 150 de la Ley 5ª de 1992 modificado por el artículo 14 de la Ley 974 de 2005). En segundo debate el Presidente designa el ponente, que puede ser el mismo u otro miembro diferente de la Comisión y se sigue el mismo procedimiento establecido en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992 (artículos 165 y 174 de la Ley 5ª de 1992).</p>	<p>Sobre estos aspectos del procedimiento se guarda silencio en el artículo 1° del A.L. 1 de 2016, razón por la cual se aplica de manera supletiva el reglamento del Congreso de la República, por expreso mandato del inciso final de dicho artículo.</p>

9 ARDILA BALLESTEROS, Carlos. Introducción al Derecho Parlamentario Colombiano. Primera Ed. Bogotá. Grupo Empresarial Ibáñez, 2008, p. 175.

Ley Ordinaria		
Trámite	Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial
<b>Informe de ponencia e Informe entre debates</b>	<p>Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente (artículo 160 C. P.).</p> <p>Para el primer debate el informe es rendido por el ponente dentro del plazo inicial que le hubiere señalado el Presidente o en su prórroga (artículo 153 de la Ley 5ª de 1992). El informe se presenta por escrito, en original y dos copias, al secretario de la Comisión Permanente. Debe publicarse en la <i>Gaceta del Congreso</i> dentro de los tres (3) días siguientes (artículo 153 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p>Para segundo debate igualmente se presenta el respectivo informe por parte del ponente (artículo 165 de la Ley 5ª de 1992). Debe presentarse en el término fijado por la Mesa Directiva y estará definido entre cinco (5) a quince (15) días de acuerdo con la significación y volumen normativo de la propuesta, así como de la categoría de ley de que se trate (artículo 174 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p>Para el tercer debate, el ponente del proyecto para segundo debate redactará un informe final en los cinco (5) días siguientes (artículo 182 de la Ley 5ª de 1992). Finalizado el debate sobre un proyecto de ley en el pleno de alguna de las Cámaras, el ponente, a la vista del texto aprobado y de las enmiendas presentadas, redactará un informe final en los cinco (5) días siguientes. En ese informe, que será remitido a la otra Cámara, presentará el ordenamiento de las modificaciones, adiciones y supresiones, así como la elaboración del texto definitivo con las explicaciones pertinentes (artículo 182 de la Ley 5ª de 1992).</p>	<p>Sobre estos aspectos del procedimiento se guarda silencio en el artículo 1º del A.L. 1 de 2016, razón por la cual se aplica de manera supletiva el reglamento del Congreso de la República, por expreso mandato del inciso final de dicho artículo.</p>
<b>Legislaturas – Límite temporal</b>	<p>Los proyectos de ley que no hubieren completado su trámite en una legislatura y que hubieren recibido primer debate en alguna de las cámaras, continuarán su curso en la siguiente, en el estado en que se encuentren. Ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas (artículos 162 C. P. y 190 de la Ley 5ª de 1992).</p>	<p>Como se explica en este concepto el procedimiento especial para la paz tiene un límite temporal, según el artículo 1 del A.L. 1 de 2016, sin perjuicio de la observancia del artículo 162 C. P. y del artículo 190 de la Ley 5ª de 1992.</p>
<b>Debates (urgencia -insistencia)</b>	<p><b>Debates</b></p> <p>Los proyectos de ley tendrán cuatro (4) debates:</p> <p>El <b>primer debate</b> en Comisión de la Cámara donde inicia su trámite (artículos 157, 158 y siguientes de la Ley 5ª de 1992).</p> <p>El <b>segundo debate</b> se surte en la plenaria de la misma Cámara (artículo 165 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p>El <b>tercer debate</b> se realiza en la Comisión de la otra Cámara (artículo 182 de la Ley 5ª de 1992).</p>	<p>El primer debate de los proyectos de ley se surtirá en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas, sin que medie para ello solicitud del Gobierno nacional.</p> <p>El segundo debate en las plenarios de cada una de las Cámaras (artículo 1 del Acto Legislativo No. 1 de 2016, literal d)).</p>

Ley Ordinaria		
Trámite	Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial
	<p>El <b>cuarto debate</b> en la plenaria de la misma Cámara. Es importante resaltar que, de conformidad con el artículo 185 de la Ley 5ª de 1992, <i>“En la discusión y aprobación de un proyecto en segundo debate se seguirá, en lo que fuere compatible, el mismo procedimiento establecido para el primer debate”</i>.</p> <p><b>Trámite de Urgencia:</b> El Presidente de la República podrá solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley. En tal caso, la respectiva cámara deberá <b>decidir</b> sobre el mismo dentro del plazo de treinta días. Aun dentro de este lapso, la manifestación de urgencia puede repetirse en todas las etapas constitucionales del proyecto. Si el proyecto de ley a que se refiere el mensaje de urgencia se encuentra al estudio de una comisión permanente, esta, a solicitud del Gobierno, <b>deliberará conjuntamente</b> con la correspondiente de la otra cámara <b>para darle primer debate</b>. (artículos 163 C. P. y 191 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p><b>Insistencia:</b> Si el Presidente insistiere en la urgencia, el proyecto tendrá <b>prelación en el orden del día</b> excluyendo la consideración de cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva cámara o comisión decida sobre él. (artículo 163 C. P.).</p>	<p>Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento legislativo especial para la Paz tendrán <b>trámite preferencial</b>. En consecuencia, tendrán absoluta prelación en el Orden del Día sobre cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva Cámara o Comisión decida sobre él (artículo 1 del Acto Legislativo No. 1 de 2016, literal b)).</p>
Términos	Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días (artículos 160 C. P. y 168 y 183 de la Ley 5ª de 1992).	<p>Sobre estos aspectos del procedimiento se <b>guarda silencio</b> en el artículo 1º del A.L. 1 de 2016, razón por la cual se aplica de manera supletiva el reglamento del Congreso de la República, por expreso mandato del inciso final de dicho artículo.</p> <p>Sin embargo, llama la atención que el A.L. 1 de 2016, artículo 1º, literal f) para actos legislativos fija un término de 8 días para el tránsito del proyecto entre una y otra Cámara, término inferior al que se le aplicaría a una ley ordinaria tramitada bajo el procedimiento especial para la paz.</p>

Ley Ordinaria		
Trámite	Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial
Quórum / Mayorías	<p>El Quórum es deliberatorio y decisorio<sup>10</sup>, y son la Constitución y la ley las que definen el número mínimo de miembros para deliberar y para decidir.</p> <p>Las mayorías las definen la Constitución y la ley dependiendo de la ley que se encuentre en trámite, una vez establecido el Quórum decisorio<sup>11</sup>.</p> <p>Por regla general las decisiones se adoptan por <b>mayoría simple</b><sup>12</sup>, es decir por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que las disposiciones constitucionales dispongan otra clase de mayorías (<b>absoluta</b><sup>13</sup> (mayoría de los votos de los integrantes), <b>calificada</b><sup>14</sup> (dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros) o <b>especial</b><sup>15</sup> (tres cuartas partes de los votos de los miembros o integrantes)).</p>	<p>Los proyectos de ley serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza (artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2016, literal e)).</p>
Conciliación	<p>Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de Senadores y Representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definirán por mayoría.</p> <p>Prevía publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarios. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, <b>se considera negado el proyecto</b>. (Artículo 161 C. P. modificado por el artículo 9° del Acto Legislativo 1 de 2003).</p>	<p>Sobre estos aspectos del procedimiento se <b>guarda silencio</b> en el artículo 1° del A.L. 1 de 2016, razón por la cual se aplica de manera supletiva el reglamento del Congreso de la República, por expreso mandato del inciso final de dicho artículo.</p>

10 Ley 5ª de 1992, artículo 116. "**QUÓRUM. CONCEPTO Y CLASES.** El quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las Corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir. Se presentan dos clases de quórum, a saber: 1. Quórum deliberatorio. Para deliberar sobre cualquier asunto se requiere la presencia de por lo menos la cuarta parte de los miembros de la respectiva Corporación o Comisión Permanente. 2. Quórum decisorio, que puede ser:

- Ordinario. Las decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente.

- Calificado. Las decisiones pueden adoptarse con la asistencia, al menos, de las dos terceras partes de los miembros de la Corporación legislativa.

- Especial. Las decisiones podrán tomarse con la asistencia de las tres cuartas partes de los integrantes.

**PARÁGRAFO.** Tratándose de sesiones conjuntas de las Comisiones Constitucionales Permanentes, el quórum decisorio será el que se requiera para cada una de las Comisiones individualmente consideradas".

11 Ibidem, artículo 117. "**MAYORÍAS DECISORIAS.** Las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación surten sus efectos en los términos constitucionales. La mayoría requerida, establecido el quórum decisorio, es la siguiente: 1. Mayoría simple. Las decisiones se toman por la mayoría de los votos de los asistentes. 2. Mayoría absoluta. La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes. 3. Mayoría calificada. Las decisiones se toman por los dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros. 4. Mayoría especial. Representada por las tres cuartas partes de los votos de los miembros o integrantes".

12 Ibidem, artículo 118. "**MAYORÍA SIMPLE.** Tiene aplicación en todas las decisiones que adopten las Cámaras Legislativas, cuando las disposiciones constitucionales no hayan dispuesto otra clase de mayoría".

13 Ibidem, artículo 119. **MAYORÍA ABSOLUTA.** Se requiere para la aprobación de leyes orgánicas y leyes estatutarias, entre otras.

14 Ibidem, artículo 120. **MAYORÍA CALIFICADA.** Se requiere para la aprobación de Leyes que conceden amnistías o indultos generales por delitos políticos (artículo 150, ordinal 17 constitucional), entre otras.

15 Ibidem, artículo 121. **MAYORÍA ESPECIAL.**

Ley Ordinaria		
Trámite	Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial
<b>Aprobación/ archivo</b>	<p><b>Aprobación:</b> Es requisito para que un proyecto de ley se convierta en ley, entre otros: (i) haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras. (Artículo 157 núm. 2 C. P.) y (ii) haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate. (Artículo 157 núm. 3 C. P.) Aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras, pasará al Gobierno para su sanción. (Artículo 165 C. P.)</p> <p><b>Archivo:</b> El archivo del proyecto de ley se da por diferentes eventos: (i) cuando el ponente proponga archivarlo y la comisión así lo haya decidido, sin que haya habido solicitud de reconsideración<sup>16</sup>, (ii) Cuando se haya negado en comisión y la plenaria, previa solicitud de reconsideración de su autor, de un miembro de ella, del Gobierno o del vocero de los proponentes en los casos de iniciativa popular, no lo haya reconsiderado<sup>17</sup>, (iii) Cuando la Comisión correspondiente rechaza las enmiendas que se hagan en plenaria<sup>18</sup>, (iv) Cuando se vota negativamente un proyecto en una de las Cámaras en sesión plenaria<sup>19</sup>, (v) Cuando se objeta un proyecto por inconstitucional y este es declarado inexecutable<sup>20</sup>, (vi) Cuando exista discrepancia entre las dos Cámaras respecto a las objeciones presentadas por el Gobierno<sup>21</sup>, (vii) Cuando agotadas dos legislaturas no se haya aprobado un proyecto de ley<sup>22</sup>, (viii) Cuando un proyecto de ley deba ser conciliado y no se logre, luego del trámite correspondiente, conciliar los textos<sup>23</sup>.</p>	Sobre estos aspectos del procedimiento se <b>guarda silencio</b> en el artículo 1° del A.L. 1 de 2016, razón por la cual se aplica de manera supletiva el reglamento del Congreso de la República, por expreso mandato del inciso final de dicho artículo.

- 16 Ibidem, artículo 157. *"INICIACIÓN DEL DEBATE. La iniciación del primer debate no tendrá lugar antes de la publicación del informe respectivo. No será necesario dar lectura a la ponencia, salvo que así lo disponga, por razones de conveniencia, la Comisión. El ponente, en la correspondiente sesión, absolverá las preguntas y dudas que sobre aquella se le formulen, luego de lo cual comenzará el debate. Si el ponente propone debatir el proyecto, se procederá en consecuencia sin necesidad de votación del informe. Si se propone archivar o negar el proyecto, se debatirá esta propuesta y se pondrá en votación al cierre del debate. Al debatirse un proyecto, el ponente podrá señalar los asuntos fundamentales acerca de los cuales conviene que la Comisión decida en primer término".* (Resaltado nuestro).
- 17 Constitución Política, artículo 159. *"El proyecto de ley que hubiere sido negado en primer debate podrá ser considerado por la respectiva cámara a solicitud de su autor, de un miembro de ella, del Gobierno o del vocero de los proponentes en los casos de iniciativa popular".*
- 18 Ibidem, artículo 179. *"ENMIENDA TOTAL O PARCIAL. Si el pleno aprobare una enmienda a la totalidad de las que propongan un texto alternativo, se dará traslado del mismo a la Comisión correspondiente para que sea acogido en primer debate. Si esta lo rechazare, se archivará el proyecto. Si en cambio, fuere una enmienda al articulado, que no implica cambio sustancial, continuará su trámite constitucional".* (Resaltado nuestro)
- 19 Ibidem, artículo 184. *"RECHAZO. Votado negativamente un proyecto por una de las Cámaras en Sesión Plenaria, se entenderá rechazado y se archivará".* (Resaltado nuestro)
- 20 Ibidem, artículo 199. *"CONTENIDO DE LA OBJECCIÓN PRESIDENCIAL. La objeción a un proyecto de ley puede obedecer a razones de inconstitucionalidad o de inconveniencia. 1o. Si fuere por inconstitucionalidad y las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que decida sobre su ejecutabilidad dentro de los seis (6) días siguientes. Este fallo obliga al Presidente a sancionar la ley y a promulgarla. Pero, si se declara inexecutable, se archivará el proyecto..."* (Resaltado nuestro)
- 21 Ibidem, artículo 200. *"DISCREPANCIAS ENTRE LAS CÁMARAS. Cuando una Cámara hubiere declarado infundadas las objeciones presentadas por el Gobierno a un proyecto de ley, y la otra las encontrare fundadas, se archivará el proyecto".* (Resaltado nuestro).
- 22 Constitución Política, artículo 162 y Ley 5ª de 1992, artículo 190.
- 23 Constitución Política, artículo 161 modificado por el artículo 9° del Acto Legislativo 1 de 2003.

Ley Ordinaria		
Trámite	Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial
<b>Sanción / objeción</b>	<p><b>Sanción:</b> Aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras, pasará al Gobierno para su sanción. (Artículos 165 C. P. y 196 de la Ley 5ª de 1992). Si el Presidente no cumpliera el deber de sancionar las leyes en los términos y según las condiciones que la Constitución establece, las sancionará y promulgará el Presidente del Congreso. (Artículos 168 C. P. y 201 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p>Se requiere que el proyecto de ley sea sancionado, entre otros requisitos para que sea ley (artículo 157 núm. 4 C. P.).</p> <p><b>Objeción:</b> Si el proyecto de ley es objetado se devuelve a la Cámara en que tuvo origen. (Artículos 165 C. P. y 197 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p>El Gobierno dispone del término de seis días hábiles para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta. (Artículos 166 C. P. y 198 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p>El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno volverá a las Cámaras a segundo debate. El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara.</p> <p>Exceptuase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto.</p> <p>Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo. (Artículos 167 C. P. y 199 núm. 1 de la Ley 5ª de 1992).</p> <p>Si el proyecto de ley se objeta por inconveniencia y las Cámaras insistieren, aprobándolo por mayoría absoluta, el Presidente sancionará el proyecto sin poder presentar nuevas objeciones. (Artículo 199 núm. 2 de la Ley 5ª de 1992).</p>	<p>Sobre estos aspectos del procedimiento se <b>guarda silencio</b> en el artículo 1º del A.L. 1 de 2016, razón por la cual se aplica de manera supletiva el reglamento del Congreso de la República, por expreso mandato del inciso final de dicho artículo.</p>

Ley Ordinaria		
Trámite	Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial
<b>Publicación ley</b>	Si el proyecto de ley no es objetado se dispone su promulgación como ley. (Artículo 165 C. P. y 195 de la Ley 5ª de 1992).	Sobre estos aspectos del procedimiento se <b>guarda silencio</b> en el artículo 1º del A.L. 1 de 2016, razón por la cual se aplica de manera supletiva el reglamento del Congreso de la República, por expreso mandato del inciso final de dicho artículo.
<b>Título de las leyes</b>	El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido, y a su texto precederá esta fórmula: "El Congreso de Colombia, DECRETA". (Artículos 169 C. P. y 193 de la Ley 5ª de 1992).	El título de las leyes y los actos legislativos deberá corresponder precisamente a su contenido y a su texto procederá esta fórmula: " <i>El Congreso de Colombia, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, DECRETA</i> "; (artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2016, literal c)).
<b>Control de constitucionalidad</b>	El control automático de constitucionalidad solo procede para cuatro eventos: a. Proyectos de ley estatutaria b. Tratados internacionales y leyes que los aprueban c. Decretos legislativos (estados de excepción) d. Convocatorias a referendos o a una Asamblea Nacional Constituyente antes del pronunciamiento del pueblo y solo por vicios de procedimiento en su formación.	Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia, salvo para las leyes estatutarias, cuyo control es previo (artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2016, literal k)).

## 2.4. Comparativo en cuanto a leyes orgánicas

Mediante leyes orgánicas<sup>24</sup> se establecen:

- a. El reglamento del Congreso y de cada una de las Cámaras.
- b. Las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones.
- c. Las normas sobre los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución del Plan General de Desarrollo.

<sup>24</sup> Constitución Política, artículo 151. "*El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.*"

- d. Las normas relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales<sup>25</sup>.

Adicional a las materias previstas en el artículo 151 de la Constitución Política, la misma Carta y el Reglamento del Congreso señalan otras materias cuyo desarrollo es regulado por una ley orgánica, a saber:

- e. Ley orgánica de ordenamiento territorial, mediante la cual (i) Se define la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, se fijan las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias<sup>26</sup>, (ii) se definen los requisitos para la creación de nuevos departamentos<sup>27</sup>, (iii) se establecen las condiciones para la conversión de región en entidad territorial<sup>28</sup>, (iv) se adopta el régimen administrativo y fiscal de carácter especial, se garantiza que en sus órganos de administración tengan adecuada participación las respectivas autoridades municipales; y señala la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios<sup>29</sup>, (v) se regula la conformación de las entidades territoriales indígenas<sup>30</sup>, (vi) se reglamenta todo lo relacionado con los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo y dispone los mecanismos apropiados para su armonización y para la sujeción a ellos de los presupuestos oficiales. Determina, igualmente, la organización y funciones del Consejo Nacional de Planeación y de los consejos territoriales, así como los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo, y las modificaciones correspondientes, conforme a lo establecido en la Constitución<sup>31</sup>.
- f. Las demás leyes definidas en la Ley 5ª de 1992, artículo 119, numeral 3.

Estas leyes se tramitan por el procedimiento legislativo ordinario o común con las especialidades establecidas en la Constitución y en la ley orgánica del reglamento del Congreso y de cada una de sus cámaras<sup>32</sup>.

En consecuencia, el procedimiento legislativo ordinario analizado en líneas anteriores permanece incólume para esta clase de leyes, con las siguientes especificidades:

25 Reiterada por el artículo 288 de la Constitución Política.

26 Constitución Política, artículo 150 numeral 4.

27 *Ibidem*, artículo 297.

28 *Ibidem*, artículo 307.

29 *Ibidem*, artículo 319.

30 *Ibidem*, artículo 329.

31 *Ibidem*, artículo 342.

32 Ley 5 de 1992, artículo 204. "**TRÁMITE.** Los proyectos de ley orgánica, ley estatutaria, ley de presupuesto, ley sobre derechos humanos y ley sobre tratados internacionales se tramitarán por el procedimiento legislativo ordinario o común, con las especialidades establecidas en la Constitución y en el presente Reglamento".

Ley orgánica		
Trámite	Especificidades respecto al procedimiento ordinario	Procedimiento especial A.L. 1 de 2016
Quórum/Mayorías	Requerirán para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara (mayoría de los votos de los integrantes) (artículos 151 C. P. y 205 de la Ley 5ª de 1992).	Los proyectos de ley serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza (artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2016, literal e)).

## 2.5. Comparativo leyes estatutarias

De acuerdo con el artículo 152 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2004 (artículo 4º)<sup>33</sup> los siguientes asuntos deben ser regulados por medio de leyes estatutarias:

*“a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;*

*b. Administración de justicia;*

*c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;*

*d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;*

*e. Estados de excepción.*

*f. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.* (A.L. 2/04, Art. 4º).

El artículo 204 de la Ley 5ª de 1992 dispone que las leyes estatutarias se tramitan por el procedimiento ordinario o común, con las especificidades que señalen la Constitución Política y la misma Ley 5ª. Así, el artículo 153 de la Constitución señala:

*“Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.*

*Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla”.*

<sup>33</sup> Acto Legislativo 2 de 2004 (diciembre 27) *“por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”.*

Los mencionados requisitos constitucionales se adicionan en la Ley 5ª de 1992, artículo 208, con la prohibición de ser expedidas –las leyes estatutarias– mediante facultades extraordinarias.<sup>34</sup>

El cuadro siguiente recoge la comparación entre las particularidades del procedimiento para la expedición de leyes estatutarias y el procedimiento especial del Acto Legislativo 01 de 2016, en el entendido de que los elementos comunes con las leyes ordinarias se recogen en el cuadro comparativo entre el procedimiento ordinario y el especial para la paz.

Ley Estatutaria		
Trámite	Especificidades respecto del Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial A.L. 1 de 2016
<b>Debates</b>	En una sola legislatura (artículo 138, C. P.)	Primer debate, en sesión conjunta de las correspondientes comisiones constitucionales permanentes. Sobre la definición constitucional de legislatura se <b>guarda silencio</b> en el artículo 1° del A.L. 1 de 2016, razón por la cual dicha definición continúa igual.
<b>Mayorías</b>	Absoluta de los miembros del Congreso.	Los proyectos de ley serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza (artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2016, literal e)).
<b>Revisión de constitucionalidad</b>	Antes de su entrada en vigencia: Una vez surte el trámite en el Congreso de la República y antes de la sanción presidencial. El trámite en la Corte Constitucional admite la intervención ciudadana por mandato constitucional.	Antes de su entrada en vigencia de conformidad con el artículo 153 de la Constitución Política, por expresa remisión del artículo 1, literal k), del A. L 1 de 2016.

## 2.6. Comparativo actos legislativos

El Título XIII de la Carta, “*De la reforma de la Constitución*”, contiene los mecanismos correspondientes<sup>35</sup>, y en primer lugar se refiere a los **actos legislativos**<sup>36</sup>, respecto de los cuales prevé reglas especiales que desarrolla la Ley 5ª de 1992, relativas a la iniciativa, el número de debates, las mayorías y las publicaciones.

34 Ley 5ª/92, artículo 208: “*Condiciones. Los proyectos que se refieran a leyes estatutarias serán tramitados, además, bajo las condiciones siguientes:*

1. *Deberán expedirse en una sola legislatura.*

2. *La Corte Constitucional procederá a la revisión previa de los proyectos aprobados por el Congreso.*

3. *Estas leyes no podrán expedirse por facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República”.*

35 Constitución Política, artículo 374. “*La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”.*

36 Ley 5ª/92, artículo 221. “*ACTO LEGISLATIVO. Las normas expedidas por el Congreso que tengan por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales, se denominan Actos Legislativos, y deberán cumplir el trámite señalado en la Constitución y en este Reglamento”.*

En el cuadro siguiente se recogen las particularidades del Acto Legislativo 01 de 2016, en cuanto al procedimiento para el trámite de actos legislativos frente al procedimiento ordinario:

Acto Legislativo		
Trámite	Especificidades dentro del Procedimiento Ordinario	Procedimiento Especial L. 1 de 2016
<b>Iniciativa</b>	- Gobierno nacional - Diez (10) miembros del Congreso - Veinte por ciento (20%) de los concejales o diputados - Cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que conformen el censo electoral vigente.	Exclusiva del Gobierno nacional, y su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y duradera (artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2016, literal a)).
<b>Debates</b>	Deben ser aprobados en dos períodos ordinarios y consecutivos <sup>37</sup> . Los proyectos de actos legislativos deben surtir ocho debates, en dos “vueltas”.	Deben ser aprobados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito entre una cámara y otra es de 8 días.
<b>Mayorías</b>	En el primero de los períodos ordinarios, la aprobación debe ser por la mayoría de los asistentes. En el segundo de los períodos ordinarios, la aprobación debe ser por “la mayoría de los miembros de cada Cámara”.	Mayoría absoluta
<b>Restricciones</b>	En el segundo de los períodos ordinarios: - Solo se debate lo presentado y aprobado en el primero; lo negado no puede ser considerado de nuevo; - Pueden incluirse cambios y modificaciones que no alteren la esencia de lo aprobado.	Se discute y se aprueba en una sola vuelta con cuatro debates.

Luego de comparar en los aspectos fundamentales el procedimiento legislativo ordinario de las leyes ordinarias, orgánicas, estatutarias y de los actos legislativos con el procedimiento legislativo especial para la paz contenido en el A. L. 1 de 2016 (capítulos 2.3, 2.4, 2.5 y 2.6 del concepto), puede concluirse lo siguiente:

- a. La iniciativa para la presentación de los proyectos de ley y de actos legislativos en el procedimiento legislativo especial para la paz está radicada única y exclusivamente en cabeza del Gobierno nacional y solo para los temas circunscritos a facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final. Sin embargo, anota la Sala que la iniciativa legislativa reservada no es nueva pues en el procedimiento legislativo ordinario también existe para ciertos temas definidos en la Constitución.

<sup>37</sup> Ley 5ª/92, artículo 224°. PERIODOS ORDINARIOS SUCESIVOS. El trámite de un proyecto de acto legislativo tendrá lugar en dos (2) períodos ordinarios y consecutivos. / Dos períodos ordinarios de sesiones comprenden una legislatura, a saber: el primero, que comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; y el segundo, desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio”.

- b. El trámite preferencial que tienen todos los proyectos de ley que se tramitan bajo el procedimiento legislativo especial para la paz tampoco es una figura ajena al procedimiento ordinario toda vez que en este existe un trámite de urgencia cuando sea solicitado por el Presidente de la República caso en el cual las comisiones deliberarán conjuntamente para darle el primer debate; incluso el Presidente tiene la facultad de insistencia lo que inmediatamente genera que se le dé prelación a dicho proyecto en el orden del día.
- c. Lo que sí se destaca es que en el procedimiento especial para la paz la deliberación en primer debate siempre se hará en sesión conjunta sin que medie para ello solicitud del Gobierno nacional, mientras que en el procedimiento ordinario las sesiones conjuntas proceden en trámites de urgencia a solicitud del Presidente de la República.
- d. En el procedimiento ordinario, el trámite para las leyes ordinarias y orgánicas debe adelantarse máximo en dos legislaturas, el de las leyes estatutarias en una legislatura, y los actos legislativos se deben tramitar en dos períodos ordinarios y consecutivos que bien pueden corresponder a periodos de dos legislaturas diferentes.

Sobre estos aspectos del procedimiento se guarda silencio en el artículo 1° del A. L. 1 de 2016, razón por la cual se aplica la definición constitucional de legislatura (artículo 138 C. P.) y el reglamento del Congreso de la República por expreso mandato del inciso final del artículo 1° del A. L. 1 mencionado.

El procedimiento especial para la paz tiene un límite temporal que debe ser respetado, como se explica en este concepto. En consecuencia, para efectos del tránsito de proyectos entre una u otra legislatura deberán aplicarse los artículos 162 de la C. P. y 190 de la Ley 5ª de 1992. Y respecto de leyes estatutarias se aplican el artículo 153 de la C. P. y el artículo 208 de la Ley 5ª de 1992.

- e. Los términos para el trámite de leyes (ordinarias, estatutarias y orgánicas) en el procedimiento ordinario son los siguientes: (i) entre el primero y el segundo debate debe mediar un lapso no inferior a ocho días y (ii) entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra deben transcurrir por lo menos quince días. El A. L. 1 de 2016 guardó silencio al respecto, razón por la cual se aplica de manera supletiva el reglamento del Congreso de la República por expreso mandato del inciso final del artículo 1° *ibídem*. Sin embargo, llama la atención que el A. L. 1 de 2016, artículo 1°, literal f) para actos legislativos fija un término de 8 días para el tránsito del proyecto entre una y otra Cámara, término inferior al que se le aplicaría a una ley ordinaria tramitada bajo el procedimiento especial para la paz.
- f. En materia de mayorías respecto al trámite de **leyes** no existe ninguna modificación entre los mencionados procedimientos. Este aspecto continúa incólume por así disponerlo el A. L. 1 de 2016, en el artículo 1°, literal e): “*Los proyectos de ley*

*serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza”.*

En relación con los **actos legislativos**, las modificaciones más destacadas atañen a: (i) el número de vueltas y debates: de dos y ocho, respectivamente, en el procedimiento ordinario, pasan a 1 vuelta y a 4 debates en el procedimiento especial; (ii) las mayorías: deben ser absolutas en los 4 debates del procedimiento especial, mientras que en la primera vuelta del procedimiento ordinario es mayoría simple (mayoría de los asistentes), y en la segunda vuelta es mayoría absoluta (mayoría de los miembros de cada cámara).

- g. Los títulos de las leyes y de los actos legislativos varía dependiendo del procedimiento adoptado, como quedó visto.
- h. El control automático de constitucionalidad surte una modificación importante que garantiza la constitucionalidad de las leyes y de los actos legislativos aprobados en el procedimiento especial para la paz, pues el mismo es obligatorio y se efectúa posteriormente a su entrada en vigencia, excepto para las leyes estatutarias cuyo control automático es igual en ambos procedimientos, es decir es un control automático previo.

## **2.7. Conclusiones sobre el procedimiento legislativo especial**

Lo expuesto evidencia que el procedimiento especial impone una protección y garantía menos intensa del principio democrático que está justificada por la necesidad de conseguir un fin superior y constitucionalmente relevante, como es el derecho a la paz (artículo 22 de la Constitución Política). En esa medida, puede decirse que el procedimiento especial constituye un instrumento constitucional que pretende solucionar la tensión existente entre el “principio democrático” en la función de producción normativa del Congreso y la consecución de la paz, en el marco de la transición desde una situación de conflicto armado hacia un estado de normalidad.

Esta es la razón fundamental por la que la Corte Constitucional, en la sentencia C-699 de 2016, declaró exequibles los artículos 1° y 2° del Acto Legislativo N° 1 de 2016, que habían sido demandados parcialmente, al considerar que las nuevas reglas incorporadas en dichos artículos no implicaban materialmente una sustitución de la Constitución Política de 1991. En contraste, pero apoyada en el mismo equilibrio que debe existir entre la búsqueda de la paz y el funcionamiento democrático del Congreso de la República, la Corte, en la sentencia C-332 de 2017<sup>38</sup>, declaró inexecutable los literales h) y j) del artículo transitorio incorporado por el artículo 1° del acto legislativo citado, al considerar que las reglas contenidas en dichos literales implicaban materialmente una sustitución parcial de la Constitución Política de 1991, al afectar el núcleo esencial de la función legislativa (y constituyente) del Congreso, a favor del Gobierno nacional, y romper, con ello, el principio de separación de poderes. A este respecto, dijo la Corte Constitucional:

38 Corte Constitucional, sentencia C-332 del 17 de mayo de 2017, expediente D-11653.

“Conforme a los anteriores argumentos, se concluye por la Corte que los literales h) y j) del Acto Legislativo 1 de 2016 sustituyen la Constitución, en la medida en que desvirtúan las competencias de deliberación y de eficacia del voto de los congresistas, las cuales conforman el núcleo esencial de la función legislativa. Estas enmiendas a la Constitución también implican un desbalance en el equilibrio e independencia entre los poderes públicos, a favor del ejecutivo y en desmedro de las prerrogativas propias del Congreso en una democracia constitucional”.

Así, es claro para la Sala que el “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” es: (i) excepcional, (ii) transitorio y (iii) parcial, como pasa a explicarse:

- (i) Es excepcional, porque tal como se indicó, establece, en su mayor parte, excepciones, restricciones o limitaciones frente al procedimiento legislativo ordinario regulado en las normas permanentes de la Constitución Política y del Reglamento del Congreso.
- (ii) Es transitorio, porque forma parte de un “derecho transicional” surgido del Acuerdo Final, que se asume como necesario para la rápida y eficaz implementación normativa de dicho convenio. En esa medida, ninguna de las normas del Acto Legislativo N° 1 de 2016 tiene vocación de permanencia.
- (iii) Y es parcial, porque no regula integral y exhaustivamente todo el procedimiento legislativo (presentación de proyectos de ley o de acto legislativo, ponencias, discusión, votación, conciliaciones, aprobación definitiva, trámite de objeciones, etc.), sino que consiste, como ya se afirmó, en un conjunto de reglas especiales que modifican, en algunos aspectos, el procedimiento legislativo ordinario.

Esta última característica se refleja, en primer lugar, en que las reglas contenidas en el artículo transitorio de la Constitución incorporado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 1 de 2016 no se refieren a todas las etapas, requisitos, condiciones y términos que forman parte del procedimiento legislativo, sino solo a algunos de ellos. Por lo tanto, en todo lo no previsto en dicha normatividad, es necesaria la aplicación de los principios y las reglas generales contenidas en las disposiciones ordinarias y permanentes de la Carta Política y en la Ley 5ª de 1992, tal como lo declara expresamente el propio acto legislativo, en el inciso final del artículo transitorio que se comenta: “*En lo no establecido en este procedimiento especial, se aplicará el reglamento del Congreso de la República*”.

Lo anterior ha sido reconocido también por la Corte Constitucional en varias ocasiones al ejercer el control automático y posterior de constitucionalidad sobre los actos legislativos, las leyes y los decretos leyes expedidos en desarrollo del procedimiento y de las facultades reguladas por el Acto Legislativo N° 1 de 2016, en las que ha verificado el procedimiento seguido por el Congreso de la República frente a las normas del Acto Legislativo N° 1 de 2016, de la Constitución Política (entiéndase, sus disposiciones ordinarias y permanentes) y de la Ley 5ª de 1992.

Esas tres características del “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”: excepcionalidad, transitoriedad y no exhaustividad, así como la menor intensidad que ofrece en la protección al principio democrático y a los derechos políticos de los

congresistas, en relación con el procedimiento ordinario, hacen que las disposiciones de dicho acto reformativo de la Constitución deban interpretarse y aplicarse necesariamente de forma estricta o rigurosa, sin que tengan cabida, por lo tanto, interpretaciones analógicas o aplicaciones extensivas.

Esto es especialmente cierto en relación con los límites materiales y temporales a los que debe sujetarse el Congreso para utilizar el procedimiento legislativo especial.

En efecto, debe recordarse que dicho procedimiento tiene, en primer lugar, un límite material u objetivo, consistente en que los proyectos de ley o de acto legislativo que se tramiten de acuerdo con sus reglas deben buscar exclusivamente “*agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto*” (Acto Legislativo N° 1 de 2016, artículo 1°). En esa medida, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional al revisar de forma automática la constitucionalidad de las leyes y los actos legislativos expedidos con este procedimiento, así como los decretos leyes dictados por el Gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 2° del mismo acto legislativo, dichas normas deben tener: (i) en primer, lugar, una identidad temática con el “Acuerdo Final”, en el sentido de que deben desarrollar alguno o algunos de los ejes temáticos, puntos o aspectos incluidos en dicho convenio, y (ii) deben tener una relación de causalidad estricta con el fin perseguido mediante el acto legislativo, es decir, facilitar y agilizar la implementación normativa del acuerdo de paz.

En cuanto a los límites temporales del procedimiento especial previsto en el artículo 1 del A.L. 1 de 2016, la Sala realizará su análisis a continuación.

### **C. Interpretación del término previsto en el artículo 1° del Acto Legislativo N° 1 de 2016 para la utilización del procedimiento legislativo especial**

#### **1. Iniciación del término de vigencia**

La vigencia del mencionado acto legislativo cobra gran importancia, por cuanto, a partir de ese momento, se puso en marcha el procedimiento especial, tal como lo dispone su artículo 1°. Por su parte, el artículo 5° de dicha reforma constitucional estableció su vigencia en los siguientes términos:

**“Artículo 5°. Vigencia.** *El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.*

La Corte Constitucional en diversos apartes de la sentencia C-699 del 13 de diciembre de 2016 sobre el Acto Legislativo No. 01 de 2016, se refirió al periodo de seis (6) meses prorrogables por otros seis (6) meses, pero no entró a hacer consideraciones sobre el cómputo de la prórroga. Además, señaló que el órgano que debía determinar cuándo se había producido la refrendación popular del Acuerdo Final para la Paz y consiguientemente, cuándo entraba en vigencia el Acto Legislativo No. 01 de 2016, era el Congreso de la República.

## 2. El Acto Legislativo No. 2 de 2017

El Acto Legislativo No. 02 del 11 de mayo de 2017, “*Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*”, dispone lo siguiente:

**“Artículo 1°.** *La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así:*

**Artículo transitorio xx.** *En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales. Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.*

**Artículo 2°.** *El presente Acto Legislativo deroga el artículo 4° del Acto Legislativo número 01 de 2016 y rige a partir de su promulgación hasta la finalización de los tres periodos presidenciales completos posteriores a la firma del Acuerdo Final”.*

Resulta oportuno anotar que la Corte Constitucional, en sentencia C-630 del 11 de octubre de 2017, declaró la exequibilidad de este acto legislativo.

Ahora bien, conforme se observa, el artículo 1° dispone que los contenidos del Acuerdo Final, que correspondan a normas del derecho internacional humanitario o a derechos fundamentales o conexos con estos, definidos en la Constitución Política, son parámetros obligatorios de interpretación de las normas y leyes de implementación del Acuerdo Final, con sujeción a las normas constitucionales.

Se podría pensar que para la interpretación del cómputo de tiempo de los periodos inicial y de prórroga, del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, pudiera acudir a los contenidos del Acuerdo Final, pero este no contempla disposiciones acerca de dicho procedimiento y su duración, de manera que no resulta viable acudir a ese acuerdo para fijar un criterio interpretativo respecto de tales periodos, debiéndose entonces aplicar los criterios usuales de la hermenéutica jurídica.

## 3. Planteamiento del problema y metodología para su solución

Como se ha dicho, el procedimiento especial puede aplicarse durante “*un período de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia*” del citado acto legislativo, término

que podía ser “*prorrogado por un período adicional de hasta seis meses*”, si así lo solicitaba el Gobierno nacional. Ahora bien, en la consulta se plantea que sobre la contabilización de estos períodos pueden existir varias tesis, de las cuales se exponen dos:

- 1) Que el término respectivo, tanto en su período inicial como en su eventual prórroga, debe contarse en forma simple y continua, es decir, si ningún tipo de suspensión ni interrupción, con lo cual el plazo máximo dentro del cual puede el Congreso de la República hacer uso del procedimiento legislativo especial venció el 30 de mayo de 2017, en su etapa inicial, y vencería el 30 de noviembre del mismo año, en su prórroga.
- 2) Que en la contabilización de los plazos mencionados no deben computarse los lapsos durante los cuales el Congreso, por mandato constitucional, estuvo en receso en el ejercicio de sus funciones. Para tal efecto, habría que tener en cuenta las normas de la Constitución Política y del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992) que regulan las legislaturas, los períodos de sesiones ordinarias y las sesiones extraordinarias.

Conforme a esta interpretación, el lapso comprendido entre el 20 de junio y el 20 de julio de 2017 no se tendría en cuenta para calcular el período máximo de seis meses previsto en el artículo transitorio antes citado, con lo cual el punto final de dicho período se desplazaría aproximadamente en un mes.

En esa medida, es necesario interpretar lo dispuesto en el artículo transitorio incorporado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 2016, especialmente en cuanto a la forma de computar los períodos durante los cuales el Congreso puede aplicar el procedimiento legislativo especial, a partir de las pautas, métodos y reglas de interpretación aceptados por la jurisprudencia y la doctrina, particularmente en lo relativo a plazos previstos en la Constitución.

En la sentencia C-174 de 2017<sup>39</sup>, la Corte Constitucional se refirió a la forma de interpretar los plazos o términos dispuestos en la Carta Política, especialmente en las normas de carácter transitorio y, más puntualmente, en el Acto Legislativo N° 1 de 2016, aludiendo, en esa ocasión, al plazo de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el mismo acto legislativo (artículo 2º) para expedir decretos con fuerza de ley. En dicha providencia, la Corte explicó:

*“29. El derecho colombiano consagra ciertas normas de rango legal para el cómputo de plazos en días, meses y años. El Código de Régimen Político y Municipal en su artículo 70 establece que en los plazos de días señalados en “leyes y actos oficiales” se entienden suprimidos los feriados y de vacaciones, “a menos de expresarse lo contrario”. Ordinariamente, entonces, los días a que se refieran las leyes y actos oficiales se consideran hábiles salvo previsión expresa en contrario. Esa misma disposición estatuye que los plazos en “leyes y actos oficiales”, contemplados en “meses y años se computan según*

39 Corte Constitucional, sentencia C-174 del 22 de marzo de 2017, expediente RDL-002.

el calendario". El Código General del Proceso consagra una regulación semejante para los procesos y actos judiciales<sup>40</sup>. **Estas normas en ciertos casos son útiles para contabilizar términos contemplados en la Constitución.** Por ejemplo, el ordenamiento constitucional prevé que el Gobierno nacional cuenta con la potestad de presentar objeciones contra cualquier proyecto, en términos señalados en "días", sin precisar que sean calendario (C. P. art 166). La Corte Constitucional ha sostenido que estos días son hábiles, lo cual coincidiría con las reglas ordinarias sobre el cómputo de plazos (C-452 de 2006)<sup>41</sup>. (...)

**30. Sin embargo, la Constitución tiene un ámbito irreductible de sentido autónomo que no depende necesaria o totalmente de la ley, sino de su propio texto, de sus propósitos, de su historia y de las relaciones entre sus principios. La Carta Política es norma de normas (art. 4), y el legislador debe entonces configurar el orden legal conforme a las previsiones constitucionales, y no a la inversa. La ley no tiene por tanto un dominio absoluto sobre el sentido de las disposiciones constitucionales. En consecuencia, las estipulaciones legales atinentes al modo de contabilizar plazos pueden suministrar elementos útiles para interpretar las normas constitucionales que fijan términos en días, meses o años, pero no condicionan definitivamente su entendimiento.** Interpretar una Constitución puede suponer, en una primera etapa del análisis, atribuirles sentido a los términos constitucionales conforme a las estipulaciones legales. **Pero los resultados de esa operación deben someterse a una evaluación a la luz del orden constitucional en su integridad, para adecuar la interpretación de suerte que resulte coherente con la Constitución como unidad<sup>42</sup>.** Es posible entonces que, por ejemplo, un plazo constitucional fijado en días se compute según el calendario, aunque no se diga expresamente en el texto de la Carta, y pese a que el Código de Régimen Político y Municipal estatuya que si no se dice expresamente lo contrario los días se consideran hábiles. **También es factible que la Constitución prevea plazos en meses o en años, y se computen de un modo diferente a como lo dicen los Códigos que regulan la materia. Todo depende del sentido que imponga la interpretación integral de la Carta.**

**31. La Constitución prevé, por ejemplo, que en el procedimiento de formación de las leyes en el Congreso debe mediar un lapso no inferior a "ocho días" entre el primero y el segundo debate, y uno de por lo menos "quince días" entre la aprobación de un proyecto en una cámara y su estudio en la otra (art. 166). La jurisprudencia ha sostenido que en estos casos los días son calendario, aun cuando la Constitución no lo diga modo expreso, y por tanto que en este caso no es aplicable el Código de Régimen Político y Municipal. A esta conclusión ha arribado esencialmente a partir de una verificación de la finalidad de las normas constitucionales pertinentes. (...)**

40 "[38] El artículo 118 del Código General del Proceso prevé, en sus últimos incisos: "Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente. || En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado".

41 "[39] Sentencia C-452 de 2006. En ese caso, un proyecto de ley con 5 artículos había sido recibido por la Secretaría Jurídica de la Presidencia el 3 de junio de 2005 y devuelto con objeciones al Presidente del Senado de la República el 14 de junio del mismo año. El Gobierno tenía seis días para objetar, y la Corte consideró que se habían objetado dentro del término, pese a que habían transcurrido más de 6 días calendario, pues el plazo se computaba en días hábiles. Dice la Corte expresamente: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 166 de la Constitución, el Gobierno nacional dispone del término de seis (6) días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte (20) artículos. Dicho término debe computarse en días hábiles, con base en la regla general contenida en el Art. 62 de la Ley 4ª de 1913, que subrogó el art. 70 del Código Civil, según la cual "en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario (...)", y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación".

42 "[40] Dworkin, Ronald. Una cuestión de principios. Trad. Victoria de los Angeles Bachiroli. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores. 2012, pp. 191 y ss."

32. Cabe mencionar, además del anterior ejemplo, que la Constitución contempla un término de caducidad para las acciones públicas de inconstitucionalidad por vicios de forma (C. P. art. 242 num 3). Dice expresamente que estas acciones en tales casos caducan “en un año”; contado desde la publicación del respectivo acto. Pues bien, **la Corte ha considerado que este año no debe computarse conforme a las reglas legales para contabilizar plazos fijados en años.** En la sentencia C-801 de 2008, la Corte Constitucional debía decidir una demanda de inconstitucionalidad por vicios de forma, instaurada el 11 de enero de 2008 contra una ley promulgada el 27 de diciembre de 2006. Como se observa, había transcurrido más de un año entre la promulgación del acto y la presentación de la acción. No obstante, se alegaba que conforme al Código de Régimen Político y Municipal, el año había vencido durante la vacancia judicial, y por tanto el plazo debía extenderse hasta el día hábil siguiente; es decir, el 11 de enero de 2008, razón por la cual la acción sería oportuna, pues esa es la forma de contabilizar plazos establecidos en leyes y actos oficiales<sup>43</sup>. **La Corporación declaró, sin embargo, la existencia de caducidad en ese caso, por cuanto el término en esta materia no podía computarse conforme a la ley, sino de acuerdo con las especificidades constitucionales pertinentes. (...)**

33. En contraste, en la sentencia C-882 de 2011... al interpretar los términos de caducidad para presentar acciones públicas contra actos reformativos de la Constitución, previstos no en el artículo 242 numeral 3 sino en el artículo 379 Superior, sostuvo que si el año para presentar las demandas vencía en un día de vacancia, el plazo se extendía al día hábil siguiente. **Con lo cual, la Corte hizo coincidir el cómputo de este término de caducidad con la regulación legal en la materia. Esta solución es diferente a la suministrada en la sentencia C-801 de 2008, pero constituye no una contradicción jurisprudencial, sino la respuesta a un problema jurídico diferente.** Si bien el plazo de caducidad para las acciones contemplado en el artículo 242 numeral 3 Superior es semejante al estatuido en el artículo 379 de la Carta, pues ambos son de un “año” contado desde la promulgación del respectivo acto demandado, en realidad su contexto institucional presenta diferencias relevantes. Mientras la cláusula de caducidad del artículo 242 numeral 3 de la Carta aplica en general para cualquier clase de acto demandado, pero solo por vicios de forma, el artículo 379 Superior en contraste constituye una cláusula de caducidad especial, pues aplica solo a las acciones contra actos reformativos de la Constitución, aunque con independencia del vicio endilgado... **Esto justifica una diferencia interpretativa.** En las acciones contra leyes y decretos con fuerza de ley, los términos de caducidad por vicios de forma deben computarse de modo estricto, pues los ciudadanos aún después del año preservan la posibilidad de demandar dichos actos por vicios de contenido material y de procedimiento no formales. Menos estricto debe ser, en cambio, el conteo del plazo de caducidad si se demandan actos reformativos de la Carta, ya que el advenimiento del término en el cual caducan implica que no pueden ser demandados en el futuro por ningún otro motivo, y en acatamiento del Estado de derecho y en virtud del principio pro actione debe maximizarse la oportunidad de control constitucional.

43 “[42] El artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal dice: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero **si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil**” (énfasis añadido)”.

34. *Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que el cómputo de los términos o plazos previstos en el Acto Legislativo 1 de 2016, o en las normas constitucionales relevantes para el control constitucional ante la Corte, pueden en principio interpretarse de conformidad con las estipulaciones legales en la materia, pero sin desconocer el ámbito irreductible de sentido autónomo que tiene la Constitución, de acuerdo con su texto, sus finalidades, su historia y la unidad de sus principios*". (Subraya la Sala).

Siguiendo las pautas trazadas por la Corte Constitucional en la sentencia citada, la Sala adoptará la siguiente metodología: (i) en primer lugar, interpretará los términos previstos en el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 2016, de acuerdo con su tenor literal y con las reglas legales para la hermenéutica de los plazos; (ii) en segundo lugar, verificará si la solución que resulta de dicha interpretación es adecuada frente al contexto del Acto Legislativo N° 1 de 2016, así como frente a los principios y valores en los cuales se apoya dicho acto reformativo y la Constitución Política, en general, y (iii) de no ser adecuado tal entendimiento, señalará, entonces, cuál es la solución hermenéutica que resultaría adecuada, desde el punto de vista constitucional.

### 3.1. Interpretación literal. Reglas legales para la interpretación de los plazos

Tal como se ha señalado, el artículo transitorio de la Constitución Política introducido por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016 dispone que el procedimiento legislativo especial regirá "*por un período de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo*" y será prorrogable, a solicitud del Gobierno, "*por un período adicional de hasta seis meses*".

Dado que la palabra mes o meses no genera, en este contexto, duda alguna, desde el punto de vista semántico, es pertinente referirse solamente a cuatro expresiones que podrían tener significados diversos y, por lo tanto, equívocos: "*período*", "*a partir de*", "*hasta*" y "*adicional*". En relación con la primera palabra, el Diccionario de la Lengua Española señala que "*período*" o "*periodo*", en sus dos primeras acepciones, significa: "*1. Tiempo que algo tarda en volver al estado o posición que tenía al principio. // 2. Espacio de tiempo que **incluye toda la duración** de algo*" (resaltamos).

Con respecto a la expresión "*a partir de*", la misma obra enseña que dicha locución significa "[t]omar un hecho, **una fecha** o cualquier otro antecedente **como base** para un razonamiento **o cómputo**" (negritas añadidas).

Sobre la preposición "*hasta*", la misma obra señala: "*1. Denota **término o límite***" (se destaca). Y en relación con el adjetivo "*adicional*", el citado diccionario menciona que significa: "*que se suma o añade a algo*".

Así, pues, desde una primera aproximación literal o exegética, no hay duda de que el periodo inicial para la aplicación del "Procedimiento Legislativo Especial para la Paz" es un tiempo continuo de seis (6) meses, que inició el día de entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 1 de 2016 y terminó seis (6) meses después, y el período *máximo* por el

que dicho plazo inicial podía ser prorrogado se extiende desde el día siguiente al del vencimiento del período inicial y culmina seis (6) meses después.

Ahora bien, en relación con el cómputo de los plazos, los artículos 59, 61 y 62 de la Ley 4º de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), disponen, en lo pertinente:

*“Artículo 59. Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderá que **terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común**, y por día el espacio de veinticuatro horas, pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal. (...)”*

*“Artículo 61. Cuando se dice que una cosa debe observarse desde tal día, se entiende que ha de observarse desde el momento siguiente a la medianoche del día anterior; y **cuando se dice que debe observarse hasta tal día, se entiende que ha de observarse hasta la medianoche de dicho día**”.*

*“Artículo 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. **Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil**”.* (Negrillas ajenas al texto).

Asimismo, el artículo 67 del Código Civil prescribe, en sus tres primeros incisos:

*“Artículo 67. Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Presidente de la Unión, de los Tribunales o Juzgados, se entenderá que **han de ser completos y correrán, además, hasta la media noche del último día de plazo.***

***El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses.** El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 o 366 días, según los casos.*

*Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes. (...)”.* (Resaltamos).

Ahora bien, es importante recordar que el artículo 5º del Acto Legislativo N° 1 de 2016 preceptúa que *“el presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.*

La Corte Constitucional, en la sentencia C-699 de 2016<sup>44</sup>, se refirió *in extenso* a lo que debía entenderse por “refrendación popular”, para efectos de la norma citada. Para el propósito del presente concepto, basta señalar que la Corte manifestó que la “refrendación

44 Corte Constitucional, sentencia C-699 del 13 de diciembre de 2016, expediente D-11601.

popular”, en este contexto, no podía entenderse como un acto único o instantáneo, sino como un proceso, y que era el Congreso de la República, en su condición de constituyente derivado y destinatario del procedimiento legislativo especial, quien podía interpretar en qué momento culminaba ese proceso de refrendación. Así lo expresó la Corte:

“22. (...) definir, en este fallo, si el Acto Legislativo entró en vigencia, es además improcedente. La entrada en vigencia de una norma no se define ni se constituye a través de una decisión judicial, pues depende de las condiciones propias de cada reforma o acto normativo. **Debe ser el Congreso de la República, o una autoridad revestida de legitimidad democrática, quien defina dentro del más amplio margen de apreciación si se han cumplido los principios de la refrendación popular señalados en esta providencia, y si el Acto Legislativo ha entrado en vigencia.** (...) Debe decirse, en particular, que el Acto Legislativo 1 de 2016 faculta al Congreso para implementar el acuerdo final por un procedimiento especial. Por tanto, **el Congreso tiene también competencia para interpretar cuándo esas facultades entran en vigencia**, pues el órgano encargado de aplicar la Constitución tiene, como presupuesto analítico necesario, **la competencia para interpretarla**<sup>45</sup>” (Resaltamos).

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 1820 de 2016<sup>46</sup>, en cuyo artículo 1º dispuso:

“Artículo 1º. En consideración de que la Corte Constitucional señaló que la refrendación popular es un proceso integrado por varios actos, la presente ley declara que la refrendación popular del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, fue un proceso abierto y democrático constituido por diversos mecanismos de participación, en los que se incluyeron escenarios de deliberación ciudadana, manifestaciones de órganos revestidos de legitimidad democrática y la participación directa de los colombianos a través del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016, cuyos resultados fueron respetados, interpretados y desarrollados de buena fe con la introducción de modificaciones, cambios, precisiones y ajustes posteriores en la búsqueda de mayores consensos reflejados en el Acuerdo Final suscrito el 24 de noviembre del presente año.

**Este proceso de refrendación popular culminó**, luego de un amplio debate de control político en el que participaron representantes de las más diversas posiciones ideológicas de la sociedad civil y con la expresión libre y deliberativa del Congreso de la República, como órgano de representación popular por excelencia, **mediante la aprobación mayoritaria de las Proposiciones números 83 y 39 del 29 y 30 de noviembre del presente año** en las plenarias del Senado de la República y la Cámara de Representantes, respectivamente.

Por lo tanto, los desarrollos normativos que requiera el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera que correspondan al Congreso de la República se adelantarán a través de los procedimientos establecidos en el Acto Legislativo número 01 de 2016, **el cual entró en vigencia con la culminación del**

45 “[80] Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Segunda edición para el alemán. 11ª edición en español. Trad. Roberto J. Vernengo. México. Porrúa. 2000, p. 349”.

46 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras”.

**proceso refrendatorio.** *Este proceso legislativo contará con los espacios de participación ciudadana previstos en el Capítulo IX la Ley 5ª de 1992. (...)*. (Se destaca).

Luego, la Corte Constitucional, en la sentencia C-160 de 2017<sup>47</sup>, verificó y constató que el proceso de refrendación popular, en las condiciones señaladas por esa corporación en la sentencia C-699 de 2016, había culminado el 30 de noviembre de 2016, tal como lo declaró el Congreso en la norma antes citada. A este respecto, manifestó la Corte:

**“(iv) El proceso de Refrendación Popular concluyó en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, puesto que fue debatido y verificado por ambas Cámaras del Congreso, según se reseñó en apartado anterior, tanto por medio de las aprobaciones de las proposiciones del 29 y 30 de noviembre de 2016, como a través de la exposición de motivos que dio lugar a la Ley 1820 de 2016 y en el artículo 1º de esta normativa”.** (Subrayas ajenas al texto).

Por lo tanto, para la Sala no existe duda de que el Acto Legislativo N° 1 de 2016 entró en vigencia el **30 de noviembre de 2016**, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º del mismo, fecha en la que concluyó el proceso de refrendación popular del acuerdo final de paz, como lo declaró formalmente el Congreso de la República y lo reconoció la Corte Constitucional. Este debe ser, entonces, el día inicial o punto de partida del período primigenio de seis (6) meses establecido en el artículo 1º del mismo acto legislativo.

A la luz de las reglas legales de interpretación de los plazos que se transcribieron parcialmente, es igualmente evidente que el período inicial del procedimiento legislativo especial venció el día 30 de mayo de 2016, es decir, seis (6) meses después de la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 1 de 2016. Recuérdese que los plazos de meses se cuentan según el calendario y terminan el mismo día (número) del respectivo mes.

Así lo reconoció, además, el Gobierno nacional en comunicación del 26 de mayo de 2017, dirigida a los Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, mediante el cual manifestó su voluntad de prorrogar el período de vigencia inicial del “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”, en ejercicio de la facultad que le otorgó el artículo transitorio adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016, cuando manifestó:

*“Como es de su conocimiento, dicho período inicial de seis meses inició su vigencia el día treinta (30) de noviembre de 2016 –de conformidad con lo constatado por la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 2017–, y por lo tanto **expirará el día treinta (30) de mayo del año en curso**”.* (Resaltamos).

Ahora bien, no es igual de claro el momento en que debe entenderse terminado el plazo máximo dispuesto para la prórroga o el período adicional del procedimiento legislativo, ya que sobre este punto pueden presentarse dos interpretaciones distintas que resultarían, en principio, igualmente plausibles:

47 Corte Constitucional, sentencia C-160 del 9 de marzo de 2017, expediente RDL-001.

- (i) La primera consiste en que el plazo de la prórroga termina el 30 de noviembre de 2017, conclusión que se fundamentaría en que, como la prórroga consiste, en este caso, en extender el plazo inicial en seis (6) meses más, partiendo del 30 de mayo de 2016, este término adicional terminaría el 30 de noviembre del mismo año, de acuerdo con las reglas legales que se han citado para la contabilización de los plazos.

Adicionalmente, esta postura se apoyaría en que dos (2) períodos consecutivos de seis (6) meses, cada uno, es igual a un plazo de doce (12) meses, y dicho término, contabilizado de acuerdo con las reglas legales que se han mencionado, terminaría ciertamente el 30 de noviembre.

- (ii) La segunda interpretación, sin embargo, parte de que la prórroga, en este caso, da lugar a un “*período adicional de hasta seis meses*”, como lo dice literalmente el acto legislativo. Por lo tanto, como el primer período o el período inicial terminó, según lo que se explicó, el 30 de mayo de 2017, a las doce (12) de la noche, no podría entenderse que el segundo período principie el mismo 30 de mayo, pues ese día ya quedó incorporado en el plazo inicial. En esa medida, el “período adicional” o de la prórroga empezaría a correr el 1° de junio de 2017 y, según las reglas legales de hermenéutica que se han explicado, terminaría el 1° de diciembre del año en curso.

De lo contrario, el Congreso de la República y el Gobierno nacional no tendrían seis (6) meses adicionales para hacer uso del “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”, sino seis (6) meses menos un día.

Dado que la interpretación exegética del Acto Legislativo y las normas legales para la contabilización de los plazos no parecen suficientes para resolver este dilema y establecer cuál de las dos posiciones descritas es la más adecuada, la Sala resolverá esta cuestión más adelante, luego de utilizar otros criterios de interpretación, dirigidos más específicamente al análisis de las normas constitucionales permanentes y de transición, siguiendo para el efecto la metodología sugerida por la jurisprudencia constitucional.

### **3.2. Validación de las interpretaciones anteriores frente a los valores, principios y normas constitucionales relevantes**

Tal como se ha mencionado, cuando se trata de interpretar plazos o términos previstos directamente en la Constitución, ya sea en normas permanentes o en disposiciones transitorias, no basta con hacer una interpretación literal o exegética de los respectivos preceptos, ni tampoco con aplicar las reglas legales para el cómputo de los plazos, sino que es necesario confrontar las disposiciones constitucionales cuyo sentido se quiere esclarecer con el contexto histórico y normativo dentro del cual fueron expedidas, con la finalidad perseguida por las mismas, con los valores, principios y normas de la Carta Política que sean pertinentes y con la jurisprudencia constitucional, entre otros elementos, a fin de confirmar o descartar que la interpretación inicialmente obtenida resulte armónica y coherente con la Constitución Política, en su conjunto.

En esa medida, lo primero que es pertinente recordar es que el procedimiento legislativo es el conjunto de etapas, actos, decisiones y requisitos sustanciales y formales que el Congreso de la República debe cumplir para discutir y aprobar las leyes y las reformas a la Constitución (actos legislativos), cuya competencia le está asignada como representante legítimo y soberano del pueblo colombiano y titular de una “cláusula general de competencias” en materia normativa. Dicho procedimiento está previsto directamente en la Carta Política, en cuanto a sus elementos, requisitos y etapas fundamentales, y se encuentra desarrollado en la ley orgánica que regula las funciones del Congreso de la República (artículo 151 de la Constitución), es decir, en el denominado “Reglamento del Congreso”, contenido actualmente, en la Ley 5ª de 1992 y sus modificaciones.

En segundo lugar, es necesario señalar que existe una íntima relación entre el “principio democrático” y el procedimiento legislativo, como se explicó en el punto B de este concepto, al cual se remite la Sala. Allí se dijo que el procedimiento especial representa, en general, una protección menos fuerte y eficaz para el principio democrático, que el procedimiento ordinario, sin que ello signifique una vulneración, desconocimiento o desprotección a dicho principio, lo cual sería violatorio de la Carta Política. También se recuerda que el procedimiento especial es (i) excepcional, (ii) transitorio y (iii) parcial.

Así las cosas, en cuanto al límite temporal, la utilización del procedimiento legislativo especial tiene claramente un punto de inicio, que es la entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 1 de 2016, acaecida, según se explicó, el 30 de noviembre de 2016, y un punto final, que inicialmente era el día en que se cumplieran los primeros seis (6) meses desde la fecha inicial y, posteriormente, en virtud de la prórroga expresada por el Gobierno nacional, será la fecha en la que se cumplan los siguientes seis (6) meses.

Una regla de hermenéutica bien conocida y aceptada mayoritariamente por la jurisprudencia y la doctrina, es que las normas de carácter exceptivo, restrictivo o limitativo deben ser interpretadas y aplicadas en forma estricta, proscribiendo interpretaciones analógicas o aplicaciones extensivas. Esto es más cierto aun en tratándose de aquellos preceptos que, además de ser excepcionales y transitorios, limitan, suspenden, restringen o aplazan, en cualquier forma, derechos políticos, derechos fundamentales u otros derechos individuales y colectivos reconocidos en la Carta Política o en la ley.

En esa medida, el límite temporal que se ha descrito debe ser interpretado de forma rígida o estricta, criterio que fue acogido por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-699 de 2016, en la cual afirmó:

*“43. Los actos legislativos especiales que se expidan en virtud del procedimiento especial de reforma previsto en el Acto Legislativo 1 de 2016 **solo pueden proferirse dentro de un término de seis meses siguientes a su entrada en vigencia, prorrogable por un periodo igual. Por lo mismo, una vez vencido ese plazo desaparece el mecanismo especial de reforma. Mientras tenga fuerza jurídica, y después de que la pierda, subsisten sin embargo los demás procedimientos de reforma constitucional (C. P. arts 374 y ss). El procedimiento especial de enmienda solo puede usarse por tanto bajo condiciones estrictas. (...)***”.

(Se destaca).

Por la razón anterior, la Sala considera que el período para que el Congreso de la República pueda hacer uso del procedimiento legislativo especial, tanto en su etapa adicional como en su prórroga, no puede entenderse de otra forma que como lo indica su tenor literal y como resulta de la aplicación de las reglas legales para la interpretación de los plazos, ya que otro tipo de hermenéutica, especialmente si tuviera como resultado extender dicho plazo, implicaría ampliar, por un tiempo superior al señalado expresamente por el constituyente derivado, la excepción a la aplicación de las normas constitucionales y orgánicas de carácter permanente que regulan el procedimiento legislativo, en procura de la máxima realización del principio democrático y de la autonomía del Congreso.

### 3.3. Posibilidad de entender suspendido el término del procedimiento legislativo especial durante los períodos de receso del Congreso de la República. Comunicación del 26 de mayo de 2017, enviada por el Gobierno nacional al Congreso de la República

Tal como se señaló atrás, el 26 de mayo de 2017, el señor Presidente de la República, en conjunto con el Ministro del Interior, enviaron una comunicación al Congreso de la República, en la cual manifestaron su decisión de que se prorrogara el “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”, de acuerdo con lo dispuesto en el Acto Legislativo 1 de 2016. En dicha carta se afirmó, adicionalmente:

*“El término de seis meses adicional se computará dentro de los períodos de sesiones del Congreso de la República, **sin incluir el período de receso**; sin embargo, el Presidente de la República conserva la facultad de convocar a sesiones extraordinarias del Congreso de conformidad con el artículo 138 de la Constitución, evento en el cual se reactivaría el cómputo del término”. (Se resalta).*

Para la Sala, es indudable que tal oficio tuvo el efecto de prorrogar el período para la aplicación del procedimiento legislativo especial, pues así lo consagra expresamente el artículo transitorio de la Constitución Política incorporado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 2016, y la comunicación fue recibida por el Congreso de la República el 26 de mayo de 2017, es decir, antes de que se venciera el plazo inicial.

Lo que no está claro, y merece algunas reflexiones, es el efecto jurídico que tenga la manifestación del Gobierno en el sentido de que el término adicional para la utilización del procedimiento especial solo correría durante los períodos de sesiones (ordinarias y extraordinarias) del Congreso, excluyendo, por lo tanto, “el período de receso”.

A este respecto, vale la pena reiterar lo que dispone, en la parte pertinente, el artículo transitorio introducido a la Carta por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 2016: *“Este procedimiento podrá ser **prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República**”.*

Como se aprecia, la facultad que la norma transitoria confirió al Gobierno fue exclusivamente para prorrogar la vigencia del “Procedimiento Legislativo Especial para

la Paz”, por un período adicional de “*hasta seis meses*”, sin que el Gobierno nacional pudiera, utilizando dicha atribución, ampliar o disminuir ese plazo máximo ni, en general, modificar o interpretar con efectos vinculantes norma alguna del acto legislativo. Desde luego que el Gobierno sí estaba autorizado para prorrogar dicho procedimiento por un tiempo menor.

Debe recordarse que las normas adicionadas a la Constitución Política por el Acto Legislativo N° 1 de 2016, si bien son normas transitorias y, por lo tanto, sin vocación de permanencia, son, en todo caso, disposiciones constitucionales que tienen, en consecuencia, el mismo rango jerárquico de las otras normas de la Carta, mientras rijan, por lo cual solo pueden ser modificadas por los órganos competentes, mediante los mecanismos y bajo el procedimiento regulados en la misma Constitución y en la Ley Orgánica del Congreso para cualquier enmienda constitucional, incluyendo, mientras estén vigentes, las reglas del procedimiento legislativo especial.

Los órganos facultados, los instrumentos y los procedimientos están previstos fundamentalmente en el Título XIII de la Constitución Política, que se denomina “*De la reforma de la Constitución*”. Allí se incluye, en cuanto a los órganos competentes, al Congreso de la República, a una asamblea constituyente o al pueblo directamente, mediante referendo.

La competencia para reformar la Carta Política no se alteró con el Acto Legislativo N° 1 de 2016, por cuanto este se refiere al *procedimiento* que debe seguir el Congreso de la República, pero no afectó en nada su competencia para este propósito, ni tampoco atañe a las reformas constitucionales que se tramiten por una asamblea nacional constituyente o directamente por el pueblo, mediante un referendo.

Como se observa, ninguna norma permanente o transitoria de la Constitución faculta al Presidente de la República para modificar la Carta. Por el contrario, el Acto Legislativo N° 1 de 2016 ratificó la incompetencia del Presidente para estos efectos, cuando le impuso la siguiente restricción en el artículo transitorio añadido por el artículo 2° de la citada reforma constitucional, referente a las facultades extraordinarias que le otorgó para expedir decretos con fuerza de ley durante un período de 180 días (“*Facultades presidenciales para la paz*”):

*“Las anteriores facultades **no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos**”.* (Destacamos).

Todo lo anterior permite concluir inequívocamente que el Gobierno nacional no podía modificar, en ningún sentido, lo dispuesto en la norma constitucional transitoria introducida por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 1 de 2016. En consecuencia, lo manifestado en la carta del 26 de mayo de 2017 no podría ser entendido, bajo ningún aspecto, como una modificación del plazo máximo de prórroga del procedimiento legislativo especial previsto en dicha norma.

Sin embargo, podría tratarse de una interpretación efectuada por el Gobierno nacional, caso en el cual habría que determinar si tal entendimiento de la norma tiene algún efecto obligatorio o vinculante para el Congreso de la República.

A este respecto, vale la pena recordar que la Constitución Política ha confiado a la Corte Constitucional “*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo*”, para lo cual debe cumplir, entre otras funciones, la de “[d]ecidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación” (artículo 241).

En relación con los actos legislativos que se expidan mediante el procedimiento legislativo especial previsto en el Acto Legislativo N° 1 de 2016, el artículo transitorio, literal k), de la Constitución Política, incorporado por el artículo 1° de la citada enmienda constitucional, preceptúa que “[l]os proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia”, y añade que “[e]l control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación”.

De lo anterior se deduce que, tratándose de las disposiciones del Acto Legislativo N° 1 de 2016, la primera autoridad competente para interpretarlos es la Corte Constitucional, de acuerdo con las normas permanentes y transitorias de la Carta Política. Dicha facultad interpretativa puede darse, ya sea al resolver las demandas que se hayan interpuesto contra el Acto Legislativo 1 de 2016, o bien al efectuar el control automático y posterior (o previo, en el caso de las leyes estatutarias) de constitucionalidad de los actos legislativos, las leyes y los decretos con fuerza de ley expedidos con fundamento en las normas transitorias incorporadas por dicha enmienda constitucional. En este punto, obsérvese que uno de los aspectos del procedimiento especial es el de los límites temporales dentro de los cuales el Congreso de la República puede hacer uso del mismo.

A este respecto, es importante recordar que, según la jurisprudencia de la misma Corte, la interpretación que dicha corporación haga de las normas constitucionales es obligatoria para todas las personas (*erga omnes*), cuando está contenida en la parte resolutive de sus sentencias de control de constitucionalidad, o cuando haga parte de las consideraciones y argumentaciones necesarias para decidir sobre la exequibilidad o inexecutable de una norma sometida a su control (*ratio decidendi*).

Por lo tanto, es claro que la Corte Constitucional es, en principio, el órgano facultado constitucionalmente para interpretar las normas del Acto Legislativo N° 1 de 2016, y que tal hermenéutica es vinculante cuando se da en las condiciones señaladas en el párrafo anterior.

Adicionalmente, la Sala entiende que el Congreso de la República estaría también facultado para interpretar las normas constitucionales contenidas en los actos legislativos que él mismo expida en su calidad de constituyente derivado. Esta atribución

fue reconocida por la Corte Constitucional, en la sentencia C-699 de 2016, en relación con el Acto Legislativo N° 1 de 2016 y, particularmente, con respecto al momento de entrada en vigencia de dicha reforma constitucional. Sobre este punto manifestó:

*“22. Pero definir, en este fallo, si el Acto Legislativo entró en vigencia, es además improcedente. La entrada en vigencia de una norma no se define ni se constituye a través de una decisión judicial, pues depende de las condiciones propias de cada reforma o acto normativo. **Debe ser el Congreso de la República, o una autoridad revestida de legitimidad democrática, quien defina** dentro del más amplio margen de apreciación si se han cumplido los principios de la refrendación popular señalados en esta providencia, **y si el Acto Legislativo ha entrado en vigencia. Primero, porque le asiste competencia para ello.** El Congreso cuenta, por ejemplo, con las facultades de control político previstas en los artículos 244 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, bajo la figura de citación para discusión de políticas o temas generales.<sup>48</sup> (...) De otro lado, el Congreso puede también intervenir en la conclusión del proceso de refrendación popular en ejercicio de sus funciones de reforma constitucional o legislativas, con fundamento en la cláusula general de competencias, en virtud de la cual el listado de sus atribuciones no sería taxativo.<sup>49</sup> Pero estos son solo unos casos mencionados a título de ilustración. Debe decirse, en particular, que el Acto Legislativo 1 de 2016 faculta al Congreso para implementar el acuerdo final por un procedimiento especial. Por tanto, **el Congreso tiene también competencia para interpretar cuándo esas facultades entran en vigencia, pues el órgano encargado de aplicar la Constitución tiene, como presupuesto analítico necesario, la competencia para interpretarla**<sup>50</sup>”* (Se destaca).

De todo lo anterior concluye la Sala que las únicas autoridades competentes para interpretar, con efectos obligatorios o vinculantes, el Acto Legislativo N° 1 de 2016, serían la Corte Constitucional y el mismo Congreso de la República. Por ende, aunque el Gobierno nacional podía y puede interpretar el citado acto reformativo y cualquier otra norma de la Constitución, como lo pueden hacer los demás operadores jurídicos, en la medida en que lo estime necesario para el adecuado ejercicio de sus funciones, atribuciones y competencias, dicha hermenéutica no resulta obligatoria para los terceros y, especialmente, para el Congreso de la República, pues lo contrario implicaría para el Gobierno inmiscuirse en las competencias del órgano legislativo y de la rama judicial, y violar, de esta forma, el principio de la separación de los poderes públicos.

Ahora bien, habiéndose descartado que lo manifestado por el Gobierno nacional en la misiva del 26 de mayo de 2017 dirigida al Congreso de la República, tenga algún efecto vinculante u obligatorio sobre la forma de interpretar el período de la prórroga del

48 “[78] Facultad que, al respecto, le reconoció el Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de noviembre de 2016. Rad. 2323. (C. P. Germán Alberto Bula Escobar)”.

49 “[79] Sentencia C-527 de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero. Unánime): en ese caso se había demandado la inconstitucionalidad de una Ley que remitía a otra normativa para su aplicación. El cargo afirmaba que el artículo 150 de la Carta facultaba al Congreso para interpretar, reformar y derogar leyes precedentes, pero no para “remitirse” a otras leyes. La Corte sostuvo que en Colombia la lista de las facultades previstas en la Constitución a cargo del Congreso no puede entenderse en términos taxativos, pues quien tiene la competencia “genérica”, a diferencia del caso Francés (donde es el ejecutivo), es el legislativo. Esta competencia fue reconocida en sentido similar por la Corte Suprema de Justicia, en vigencia del artículo 86 de la Constitución anterior, al demandarse una ley que fijó el estatuto básico de los partidos políticos sin que existiera una disposición que expresamente le concediera esa posibilidad. Corte Suprema Justicia. Sala Plena. Sentencia No. 47 de 19 de junio de 1986 (M. P. Jairo E. Duque Pérez)”.

50 “[80] Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Segunda edición para el alemán. 11ª edición en español. Trad. Roberto J. Vernengo. México. Porrúa. 2000, p. 349”.

“Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”, es necesario determinar, en todo caso, si el entendimiento contenido allí resulta plausible, desde el punto de vista jurídico, y con la fuerza argumentativa necesaria para derivar una conclusión distinta de la que surge del texto de la norma constitucional.

La Sala considera que ello no es así, por dos razones fundamentales:

- (i) La primera consiste en que las normas constitucionales que definen y regulan las legislaturas y los períodos de sesiones ordinarias del Congreso de la República son normas constitucionales generales, permanentes, que vienen desde la Constitución de 1991 y no fueron modificadas por el Acto Legislativo N° 1 de 2016. Por ende, tanto el Congreso de la República como el Gobierno nacional conocían claramente dichas disposiciones, sabían el efecto que las mismas podían producir en relación con la discusión y aprobación de las normas constitucionales y legales sometidas al “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” y podían, en consecuencia, adoptar los instrumentos normativos necesarios para evitar tales consecuencias, como, por ejemplo, disponer expresamente en el acto legislativo que el período de aplicación del procedimiento legislativo especial se suspendiera durante los períodos de receso del Congreso, o entre una legislatura y la otra, o prever que ese plazo solo se contara durante las sesiones ordinarias del legislativo y los períodos de sesiones extraordinarias, entre otras opciones, nada de lo cual sucedió.

En consecuencia, no podría sostenerse que tales períodos de receso o de vacancia en la actividad legislativa constituyan hechos imprevisibles, imprevistos ni extraordinarios, que el Gobierno nacional y el constituyente secundario no hubiesen podido anticipar.

- (ii) En segundo lugar, porque el Gobierno nacional está facultado constitucionalmente para citar al Congreso de la República a sesiones extraordinarias, con el fin de tramitar los asuntos que someta a su consideración, tal como lo estatuye el artículo 138 de la Carta:

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

***También se reunirá el Congreso en sesiones extraordinarias, por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que este señale. En el curso de ellas solo podrá ocuparse en los asuntos que el Gobierno someta a su consideración, sin perjuicio de la función de control político que le es propia, la cual podrá ejercer en todo tiempo”.*** (Se destaca).

De esta facultad puede hacerse uso, incluso, durante el interregno entre una legislatura y otra (21 de junio al 19 de julio), tal como lo explicó esta Sala en el concepto N° 2018 de 2010<sup>51</sup>:

51 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2018 del 22 de junio de 2010.

*“4. Como se observa, entonces, al regular las sesiones extraordinarias, la Constitución y la ley no hacen ninguna diferenciación entre los recesos de fin y de mitad de año; el carácter abierto y general tanto del tercer inciso del artículo 183 de la Constitución Política como del cuarto inciso del artículo 85 de la Ley 5ª de 1992, permite concluir que **la posibilidad de que el Gobierno convoque al Congreso a sesiones extraordinarias puede darse tanto durante el receso que se produce al finalizar el primer periodo de sesiones ordinarias de la respectiva legislatura (diciembre-marzo), como del que se presenta al finalizar el segundo periodo de sesiones ordinarias (junio-julio), inclusive cuando este corresponde al último del periodo constitucional de los congresistas citados, cuyo investidura se mantiene, como se dijo, hasta el día en que aquel finaliza, con plenitud de potestades y responsabilidades.***

***En este último caso, serán sesiones extraordinarias de la legislatura que termina, la cual comprende, según el artículo 138 de la Constitución, los dos periodos de sesiones ordinarias (julio-diciembre y marzo-junio) y, de suyo, las sesiones extraordinarias que se citen durante sus recesos”.*** (Se destaca).

Por lo tanto, aun sin haberlo previsto expresamente en el Acto Legislativo 1 de 2016, el Gobierno nacional tenía la facultad de citar al Congreso de la República a sesiones extraordinarias en el período comprendido entre el 21 de junio y el 19 de julio de 2017, para que dicho órgano se encargara exclusivamente de la tramitación de los proyectos de acto legislativo y de ley sujetos al procedimiento legislativo especial y, en general, para la implementación normativa del “Acuerdo Final”.

Si esto no sucedió debido a los avatares de la política parlamentaria, o a cualquier otra razón, dicha circunstancia claramente no constituye un evento de caso fortuito o fuerza mayor, ni el Gobierno nacional podría pretender, posteriormente, que dicho término de inactividad legislativa se descontara del período de prórroga del “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”.

Finalmente, al hacer una revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala ha podido verificar que en aquellos casos en los que dicha corporación ha debido interpretar plazos a los que esté sujeto el Congreso de la República para expedir leyes, sobre todo en virtud de normas constitucionales transitorias, ha considerado que tales términos corren de manera continua y perentoria, sin suspenderse durante las etapas de receso legislativo.

Por todas las razones anteriores, la Sala concluye que los períodos para la utilización del procedimiento legislativo especial, tanto en su etapa inicial como en su prórroga, previstos en el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 2016, no se suspenden durante los períodos de inactividad del Congreso de la República, ya sea en el receso entre los dos períodos de sesiones ordinarias, o bien entre una legislatura y otra.

### **3.4. Interpretación finalista. Distinción entre finalidad y condición**

Resta pronunciarse en torno a si la finalidad que se buscó con el procedimiento legislativo especial previsto en el citado acto legislativo puede entenderse como una

condición a la cual estaría sujeto dicho mecanismo, tal como se propone en algún aparte de la consulta, y si la interpretación finalista de dicha normatividad permitiría entender de otra forma el período de vigencia de ese procedimiento.

A este respecto, sea lo primero señalar que la Sala de Consulta y Servicio Civil comprende claramente cuál es el objetivo o la finalidad que se buscó con la expedición del Acto Legislativo 1 de 2016 y con la creación de un procedimiento legislativo especial. En efecto, la Sala entiende que tal procedimiento se estableció para facilitar y agilizar la implementación normativa del Acuerdo Final, de tal manera que, no solamente se cumpliera lo convenido en dicho pacto, sino que se evitaran los riesgos políticos y jurídicos que la demora y las vicisitudes en dicha implementación pueden generar para el cumplimiento de lo acordado y, sobre todo, para la materialización de una paz estable y duradera, teniendo en cuenta la experiencia comparada de otros países y otros procesos de paz.

Sin embargo, dicha finalidad no puede ser considerada como una especie de “condición resolutoria o extintiva” a la cual esté sujeta la vigencia del procedimiento legislativo especial, en el sentido de que solo cuando se cumpla el objetivo de implementar normativamente el Acuerdo Final o, por lo menos, de aprobar todos los proyectos de ley y de acto legislativo propuestos por el Gobierno nacional para ser tramitados con dicho procedimiento, pueda entenderse que pierdan vigencia las normas que lo regulan.

En efecto, si esto fuera así:

- (i) En primer lugar, resultaría casi irrelevante el plazo previsto en el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 2016, incluyendo su prórroga, pues el procedimiento legislativo especial podría durar, incluso, varios años. A este respecto, no sería adecuado entender que dicho término se refiere solamente al tiempo durante el cual el Gobierno pueda **presentar** los respectivos proyectos de acto legislativo y de ley, porque el procedimiento descrito en el artículo transitorio incorporado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016 incluye varias etapas del trámite legislativo, con la finalidad de simplificarlas y abreviarlas. En esa medida, tales reglas especiales no tendrían mucho sentido, porque una vez presentados los proyectos de normas por parte del Gobierno nacional, el Congreso de la República no tendría un término breve y específico para aprobarlos. A juicio de la Sala, debe entenderse que existe una correlación entre el período del procedimiento legislativo especial y las reglas que lo conforman.
- (ii) Y en segundo lugar, la vigencia del procedimiento legislativo especial se volvería indefinida, contrariando de esta forma el carácter excepcional y, sobre todo, *transitorio* de dicha regulación.

El período del procedimiento legislativo especial sí estaba sujeto a una condición, pero no resolutoria o extintiva, como se sugiere en la consulta, sino suspensiva, que consistía en la refrendación popular del Acuerdo Final. Dicha condición (hecho futuro e incierto)

ya se cumplió y, a partir de ese momento, el procedimiento legislativo especial quedó exclusivamente sujeto a un plazo o término fijo, pero prorrogable.

Por todo lo anterior, la Sala entiende que el “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” concluye el día en que venza el plazo adicional de seis (6) meses previsto en el artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2016, contado a partir de la terminación del periodo inicial de seis (6) meses.

### **3.5. Conclusión sobre el término previsto en el A. L. 1 de 2016 para la utilización del procedimiento especial**

Ahora bien, frente a las dos tesis interpretativas planteadas en el numeral 3.1 anterior, la Sala se inclina por aquella según la cual el procedimiento legislativo especial concluye el **1° de diciembre de 2017, a las 12:00 de la noche.**

La razón de lo anterior es que solo de esta forma se garantiza que el Congreso de la República y el Gobierno nacional dispongan efectivamente de dos periodos consecutivos de seis (6) meses, uno inicial y otro “adicional”, como lo dispone textualmente el artículo transitorio introducido por el artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2016, para utilizar el procedimiento legislativo especial.

En efecto, bajo la otra interpretación, consistente en que el procedimiento señalado termina el 30 de noviembre de 2017, a la medianoche, podría entenderse que el Congreso de la República y el Gobierno nacional contaron, durante la prórroga, con un tiempo de seis (6) meses *menos un día*, y no de **seis (6) meses**, para hacer uso del procedimiento legislativo especial.

Esta distinción, en el caso que ocupa a la Sala, puede tener importancia práctica, ya que ambas fechas –30 de noviembre y 1° de diciembre– corresponden a días hábiles, en los que el Congreso de la República se encuentra reunido en sesiones ordinarias.

Por todas las razones anteriores, la Sala concluye que el “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” concluye el día **viernes 1° de diciembre de 2017, a la medianoche.**

#### **D. Efectos del vencimiento del procedimiento especial frente a proyectos de acto legislativo o de ley que no hubieren concluido el trámite en el Congreso de la República para el 1° de diciembre de 2017**

Ante la eventualidad de que para la fecha de vencimiento del procedimiento especial previsto en el artículo 1° del A.L. 1 de 2016, la cual ha sido fijada por la Sala para el próximo 1° de diciembre de 2017, los proyectos tramitados bajo tales reglas especiales no alcancen a ser aprobados por el Congreso de la República, la consulta plantea tres escenarios posibles: **i)** los proyectos deben ser archivados porque desaparece el procedimiento de formación; **ii)** los proyectos en curso pueden culminar su trámite con el procedimiento especial, aun después de vencida la prórroga, porque se deben respetar las reglas bajo

las cuales se inició su procedimiento y *iii*) los proyectos pueden continuar su trámite en el Congreso, pero sujetos al trámite ordinario establecido para las leyes o actos legislativos, según sea el caso.

La Sala estima, en primer término, que al no existir una regla específica en el acto legislativo que regule la situación fáctica descrita, deberá acudir a los criterios de interpretación jurídica sobre normas transitorias, algunos de los cuales ya han sido expuestos en este concepto, para sustentar la respuesta a la pregunta planteada.

### **1. El artículo 1° del A. L. 1 de 2016, es una “norma de estructura”:**

Al decir de Bobbio, es una “*norma encargada de la producción de otras normas*”<sup>52</sup>, toda vez que regula el procedimiento a través del cual el Congreso de la República puede tramitar proyectos de acto legislativo y de ley para la implementación del “acuerdo final”, dentro de un ámbito temporal y según unos límites formales impuestos al legislador. En otras palabras, es un instrumento para la consecución de un fin.

### **2. Instrumentalidad del régimen transitorio:**

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 1993 al analizar el artículo 25 Transitorio de la Constitución Política, sostuvo que la instrumentalidad del régimen transitorio explica su carácter eminentemente temporal y precario, “*llamado a ser superado y sustituido por el régimen ordinario tan pronto sea ello posible jurídica y materialmente*”.

### **3. Primacía de las facultades permanentes sobre las transitorias e interpretación conforme al advenimiento del régimen ordinario:**

En la citada sentencia C-025 se dijo que la función ordinaria del Congreso, lejos de entenderse como reivindicación de una prerrogativa constitucional, debe ser vista como la primacía de las facultades permanentes sobre las meramente transitorias, cuando se dan las condiciones para poner fin al estado de provisionalidad que siempre acompaña a estas últimas. “*La interpretación, consecuentemente, debe favorecer cuando sea del caso el advenimiento del régimen ordinario, pues solo a partir de él adquieren vigencia sus disposiciones y mayor contenido de legitimación los actos del Estado*”.

La Sala estima que la aplicación de los citados principios resulta innegable para el caso consultado, con mayor razón cuando las reglas del artículo 1° del Acto Legislativo N° 1 de 2016 no se refieren a todas las etapas, requisitos, condiciones y términos que forman parte del procedimiento legislativo, sino solo a algunos de ellos, por lo que, a juicio de la Corte Constitucional, ello significa que “*subsisten los mecanismos permanentes de enmienda constitucional, los cuales no son entonces ni suspendidos ni derogados*” (Sentencia C-699 de 2016).

52 Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, segunda edición. Bogotá, Editorial Temis, p. 159.

En la misma línea, no sobra recordar lo ya dicho en este concepto en el sentido de que la Corte Constitucional en varias ocasiones, al ejercer el control automático y posterior de constitucionalidad sobre los actos legislativos, las leyes y los decretos leyes expedidos en desarrollo del procedimiento y de las facultades reguladas por el Acto Legislativo N° 1 de 2016, no solo ha verificado el procedimiento seguido por el Congreso de la República frente a las normas de ese acto, sino también las disposiciones permanentes de la Constitución Política y de la Ley 5ª de 1992.

#### **4. Es de la esencia de una facultad transitoria estar sujeta a un término o a una condición:**

Si ello no fuere así, se convertiría en permanente y, tratándose de la Constitución, aplazaría indefinidamente la vigencia efectiva de aquellas normas permanentes cuya entrada en vigor depende de su agotamiento.

#### **5. Vigencia definida *ex ante*:**

El artículo 1° del A. L. 1 de 2016 es de este tipo de normas, como quiera que tiene una vigencia temporal definida, al establecerse en su propio texto el plazo de su vigencia directamente por el constituyente derivado.

El profesor García Maynez, frente a la validez temporal<sup>53</sup>, distingue entre normas jurídicas determinadas e indeterminadas. Las primeras corresponden a aquellas en las cuales se estableció de antemano su ámbito temporal de validez, tal como ocurre cuando se está en presencia de una ley que indica desde el momento de su publicación su “duración de obligatoriedad”. Por su parte, las segundas se caracterizan porque su periodo de vigencia no ha sido determinado, de tal suerte que esta desaparece o se extingue cuando la norma se deroga expresa o tácitamente<sup>54</sup>. En esta dirección se ha señalado:

“Así como una norma no es válida sin más para todo espacio y para toda materia, tampoco es válida para todo tiempo. La validez de una norma puede principiar en un momento y terminar en otro...El comienzo de la vigencia temporal de una norma es fácil de comprobar; generalmente se encuentra consignado en los artículos transitorios que se suelen colocar al final de la constitución, código o ley. Es más difícil precisar el término de la vigencia temporal, pues solo en contadas ocasiones ese término está establecido de antemano en el ordenamiento jurídico. Cuando una ley indica, desde el momento de su publicación, la duración de su vigencia temporal, entonces se dice que tiene una vigencia temporal ‘determinada’”<sup>55</sup>.

A la luz del ordenamiento jurídico colombiano, por regla general una norma jurídica pierde su vigencia cuando:

##### **i) Es derogada,**

53 “Recordemos que la validez en el tiempo presente recibe el nombre de vigencia”. Miguel Villoro Toranzo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa S. A., 1994, p. 295.

54 Eduardo García Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, 2000, p. 81.

55 Villoro Toranzo, ob. cit., p. 294.

- ii) Es declarada inexecutable, o
- iii) Se cumple el objeto o el término<sup>56</sup> para el cual fue expedida<sup>57</sup>.

En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado:

*“Cuando la norma jurídica carece de vigor, pierde su fuerza obligatoria. La ley, en nuestro ordenamiento jurídico, solo deja de tener vigencia mediante su derogación y/o declaratoria de inexecutable y cumplimiento del objeto o del término para el cual fue expedida. Además, es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad, con apoyo en el artículo 4º de la Carta”<sup>58</sup>.*

Lo expuesto lleva a concluir que al culminar el procedimiento especial previsto en el A. L. 1 de 2016, **el próximo 1º de diciembre de 2017**, desaparece el mecanismo especial de trámite legislativo al cesar su vigencia transitoria definida *ex ante*, por lo que constitucionalmente no resulta posible que los proyectos pendientes de aprobación para esa fecha sigan su curso bajo dichas reglas especiales. Es claro que los efectos útiles de ese acto legislativo estaban definidos de antemano por el constituyente derivado y este no previó ninguna norma o regla que permitiera su continuidad.

Tampoco una norma infraconstitucional puede darle efectos ultractivos, no solo porque se desconocería el principio de supremacía constitucional sino porque implicaría el desconocimiento de la naturaleza transitoria del artículo 1º del A.L. 1 de 2016, así como su carácter excepcional y restrictivo, el cual se vería ampliado indebidamente con una interpretación analógica, proscrita para este tipo de normas.

Los pretendidos efectos ultractivos implicarían también una interpretación no conforme con la Constitución y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual predica la primacía de las facultades permanentes sobre las transitorias y su interpretación a favor del advenimiento del régimen ordinario. Debe recordarse, desde la lógica jurídica, que las

56 Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 1999.

2. “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”. *Ibidem*.

57 En el caso colombiano, un ejemplo de la situación descrita lo constituyen las normas anuales de presupuesto, las cuales tienen como característica arquetípica su temporalidad: “A la anterior consideración, debe además agregarse, que la ley de presupuesto tiene una vigencia temporal, en tal virtud, no le era dable al legislador establecer normas que tienen una vocación de permanencia en el tiempo, como es el caso del artículo 14 de la Ley 17 de 1992, que tenía limitada su vida jurídica a la vigencia fiscal de 1992. Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 1994. “En el caso de las leyes anuales de presupuesto se suman tres criterios adicionales, (a) temporalidad (anual), (b) tema y (c) finalidad (presupuestal). Por tanto, por ejemplo, las disposiciones generales de la ley anual del presupuesto no pueden tener vocación de permanencia, no pueden modificar reglas generales, incluidas en leyes permanentes”. Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 2012. “De otro lado, y teniendo en consideración (i) que aún no ha iniciado el periodo de sesiones ordinarias del Congreso y (ii) el carácter temporal y con vigencia de un año del Presupuesto General de la Nación, se le dará al Congreso un término hasta el 31 de diciembre de 2015, para que en el Congreso de la República se le dé el trámite correspondiente. Término, además, en el cual dicha Ley Anual de Presupuesto de 2015, pierde su vigencia”. Corte Constitucional. Sentencia C-052 de 2015.

58 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de junio de 2004. Radicación número: 1568. “La vigencia, concepto con el que se relaciona el verbo regir, que es el empleado en el texto de la expresión demandada, es un atributo de naturaleza formal, y hace relación con el tiempo durante el cual la norma tiene carácter imperativo. La vigencia comienza, como se ha dicho, en la fecha o momento en que lo determine el legislador, la cual debe, en todo caso, ser posterior a la conclusión del trámite constitucionalmente requerido para la expedición de la ley y a su necesaria publicación para conocimiento de sus destinatarios; en el otro extremo, la vigencia termina con la derogación de la norma, o en su caso, con la declaratoria de inexecutable, que conlleva su expulsión del ordenamiento jurídico”. Corte Constitucional. Sentencia C-1199 de 2008. Por su parte, el profesor Juan Enrique Medina señala: “En un sistema jurídico como el nuestro, con un organismo legislativo de carácter permanente y con una clara preponderancia de la ley escrita, se considera que la ley debe desaparecer únicamente por las siguientes razones: a) Por estar sometida a un modo extintivo, como cuando se ha expedido por un término o mientras se cumpla una condición...”. Juan Enrique Medina Pabón, Derecho Civil. Aproximación al Derecho de Personas, Editorial Universidad del Rosario, 4ª edición, 2014, pp. 203-204.

competencias transitorias y extraordinarias se definen por oposición a las permanentes y ordinarias.

Por último, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, no resulta aplicable al presente caso, no solo porque no tiene el alcance de regular situaciones constitucionales, sino porque se refiere a los procedimientos judiciales y no a los legislativos.

Ahora, en cuanto al archivo de los proyectos en trámite, nada se previó por el artículo 1° del A. L. 1 de 2016, motivo por el cual en ausencia de disposiciones especiales, se acude a las generales de la Constitución Política y de la Ley 5 de 1992. Así las cosas, estas últimas no prevén automáticamente el archivo de los proyectos por el cambio de un procedimiento especial y transitorio al general y permanente. En tal sentido, deberán seguirse las normas generales relativas al archivo de los proyectos de actos legislativos o de ley, explicadas en este concepto, como por ejemplo que el proyecto respectivo sea negado por la plenaria del Senado de la República o de la Cámara de Representantes.

## 6. Principio *tempus regit actum*

En reiterada jurisprudencia constitucional<sup>59</sup>, se ha aplicado el principio *tempus regit actum*, según el cual los asuntos de procedimiento se rigen por la ley vigente en el momento en que se cumplieron los respectivos actos.

En efecto, *los requisitos de forma o de procedimiento, deben satisfacerse en el momento en el que surge a la vida jurídica el respectivo acto sin que en el futuro le resulten exigibles nuevas formalidades o procedimientos*. De acuerdo con la jurisprudencia, los requisitos exigibles al trámite legislativo especial deberían ser evaluados con el marco vigente al momento de su expedición:

*“En lo que respecta a la determinación sobre si fueron atendidas o desconocidas las formalidades a las que estaba sujeta la expedición de las normas en controversia, mal podría efectuarse la comparación con los requerimientos que establezca el nuevo régimen constitucional ya que este únicamente gobierna las situaciones que tengan lugar después de iniciada su vigencia y, por ende, la constitucionalidad por el aspecto formal tiene que ser resuelta tomando como referencia el ordenamiento que regía cuando nacieron los preceptos en estudio”*.<sup>60</sup>

Así las cosas, bajo la figura de la “recepción”, los actos del trámite legislativo que pudieron adelantarse bajo el procedimiento especial pueden ser acogidos por el ordenamiento procedimental ordinario. Al respecto Bobbio enseña:

*“Las normas comunes al viejo y al nuevo ordenamiento pertenecen solo materialmente al primero, pues formalmente son todas normas del nuevo ordenamiento en el sentido de que estas son válidas, no ya con base en la norma fundamental del ordenamiento anterior, sino*

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-416 de 1992, C-375 de 2002 y C-358 de 2016, entre otras.

<sup>60</sup> Sentencia C - 416 de 1992.

con base en la norma fundamental del nuevo ordenamiento. En este sentido hablamos de recepción, y no pura y simplemente de permanencia de lo viejo en lo nuevo”<sup>61</sup>.

Lo anterior, puede ser complementado con el principio democrático, ya explicado, y con el de instrumentalidad de las formas.

## 7. Principio de instrumentalidad de las formas

Según la jurisprudencia constitucional, no toda falla procedimental constituye un vicio de inconstitucionalidad en el trámite de un proyecto de ley, siendo posible su convalidación en aplicación del principio de instrumentalidad de las formas, que conlleva su interpretación teleológica al servicio de un fin sustantivo<sup>62</sup>, sin pasar por alto que las normas procesales establecidas buscan proteger importantes valores sustantivos, como el principio democrático<sup>63</sup>. Lo anterior no significa que las formas procesales en general, y las normas constitucionales que rigen la aprobación de las leyes en particular, sean irrelevantes y puedan ser ignoradas. Por el contrario, ellas son importantes y deben ser respetadas, precisamente porque protegen valores sustantivos significativos<sup>64</sup>.

Así las cosas, los vicios que conducen a la inexequibilidad de la ley o el proyecto de ley, definidos como “*vicios de carácter sustancial*”, se caracterizan porque: **(i)** vulneran algún principio o valor constitucional; **(ii)** afectan el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras; o **(iii)** desconocen las competencias y estructura básica institucional diseñada por la Carta, lo que a su vez remite en últimas, a la infracción de la Ley 5ª de 1992 u otras prescripciones que regulen el procedimiento legislativo<sup>65</sup>.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que la aplicación del principio de instrumentalidad de las formas en torno a la ocurrencia de una irregularidad en el trámite de un procedimiento legislativo, le otorga a la Corte la posibilidad de determinar, **(i)** si ese defecto es de entidad suficiente como para constituir un vicio susceptible de afectar la validez de ley, a partir de la satisfacción o no del fin sustantivo que lo justifica. En caso de que la irregularidad tenga dicha entidad, **(ii)** este Tribunal debe estudiar si existió o no una corrección formal del procedimiento en el trámite de la iniciativa<sup>66</sup>; y en caso de que el vicio no haya sido subsanado, **(iii)** esta Corporación debe examinar si es posible devolver la ley al Congreso de la República para que corrija el defecto observado<sup>67</sup>.

61 Bobbio, op. cit. pp.253-254

62 Cfr. sentencia de la Corte Constitucional C-737 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

63 Sentencia de la Corte Constitucional C - 055 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-386 de 2014, M. P. Andrés Mutis Vanegas. En similar sentido, ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-446 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

64 Sentencia de la Corte Constitucional C-737 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia C- 953 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-055 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero. En similar sentido, Sentencia de la Corte Constitucional C-788 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

65 Sentencia de la Corte Constitucional C-277 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), con ocasión del examen de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 1º (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2005, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. En igual sentido, Sentencias C-786 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-473 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-386 de 2014, M. P. Andrés Mutis Vanegas; C-277 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-240 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y C-332 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

66 Ley 5ª de 1992, art. 2º, núm. 2.

67 Sentencia de la Corte Constitucional C-225 de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

La Sala estima que el citado principio inspira el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 5 de 1992, del siguiente tenor:

*“Artículo 2°. Principios de interpretación del Reglamento. En la interpretación y aplicación de las normas del presente Reglamento, se tendrán en cuenta los siguientes principios: (...)*

*2. Corrección formal de los procedimientos. Tiene por objeto subsanar los vicios de procedimiento que sean corregibles, en el entendido que así se garantiza no solo la constitucionalidad del proceso de formación de las leyes, sino también los derechos de las mayorías y las minorías y el ordenado adelantamiento de las discusiones y votaciones”.*

Y en relación con los proyectos en curso, se aprecia el artículo 4 de las disposiciones transitorias de dicha ley, así:

*“Artículo 4°. Vigencia normativa. El trámite legislativo que estuviere en curso al momento de empezar a regir el presente Reglamento, se acomodará en la medida de lo posible a las normas del mismo”.*

Por lo expuesto, la Sala concluye que los proyectos en trámite al culminar el procedimiento especial previsto en el A.L. 1 de 2016, **el próximo 1° de diciembre de 2017**, podrán seguir su curso bajo las reglas del procedimiento legislativo ordinario, de conformidad con la Constitución Política y el Reglamento del Congreso.

Así, por ejemplo, un proyecto de ley aprobado en primer debate en comisiones conjuntas de Senado y Cámara de Representantes, bajo las reglas del procedimiento legislativo especial, podrá continuar su trámite después del 1° de diciembre de 2017 bajo el procedimiento legislativo ordinario, caso en el cual deberá ser discutido y aprobado en la plenaria de la cámara donde tuvo su origen y luego, en la plenaria de la otra corporación, para culminar, de esta forma, su curso legislativo y convertirse en ley de la República, previa sanción presidencial.

Con base en las anteriores consideraciones,

## LA SALA RESPONDE

1. *¿Cuándo vence la prórroga del procedimiento especial para la paz establecido en el artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2016, también conocido como “fast track”?*

El “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” concluye el día viernes 1° de diciembre de 2017, a la medianoche, de conformidad con lo expuesto en este concepto.

2. *¿Qué ocurre con los proyectos de ley o de acto legislativo que al vencimiento de la prórroga del “fast track” hayan iniciado su trámite en el Congreso de la República pero no se hayan alcanzado a expedir? ¿deben archivarse o por el contrario es posible continuar con su proceso legislativo, y en este último caso, se pueden seguir tramitando*

*bajo las normas procedimentales del “fast track”, o deben remitirse a partir de ese momento al procedimiento legislativo ordinario?*

Al culminar el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz previsto en el artículo 1° del A. L. 1 de 2016, el próximo 1° de diciembre de 2017, desaparece el mecanismo especial de trámite legislativo al cesar su vigencia transitoria definida *ex ante*, por lo que constitucionalmente no resulta posible que los proyectos pendientes de aprobación para esa fecha sigan su curso bajo dichas reglas especiales.

Según lo explicado en este concepto, los proyectos en trámite podrán seguir su curso bajo las reglas del procedimiento legislativo ordinario. Para tal efecto deberá velarse porque en la armonización de los procedimientos se respeten las normas Constitucionales permanentes y el Reglamento del Congreso.

Remítase al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República 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.

## 2. Quórum y mayoría para la aprobación del proyecto de acto legislativo que crea circunscripciones especiales de paz

### Radicado 2364

Fecha: 06/12/2017

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 7 de diciembre de 2017

El Ministro del Interior consulta sobre el quórum y la mayoría necesarios para la aprobación del proyecto de acto legislativo 017 de 2017 Cámara, 05 de 2017 Senado “*por medio del cual se crean 16 circunscripciones transitorias especiales de paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2018-2022 y 2022-2026*”.

### I. Antecedentes

Explica el Ministro que el Senado de la República está conformado por 102 senadores pero que por “*hechos que son de público conocimiento*” tres senadores han sido afectados por la denominada “*silla vacía*”, por lo que en virtud de los artículos 134 de la Constitución Política y 116 de la Ley 5 de 1992, para la fecha de la votación del mencionado proyecto de acto legislativo, el Senado estaba integrado por 99 miembros. Anota que en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2016 se dispone que los proyectos de acto legislativo sean aprobados por mayoría absoluta y que tal mayoría, según el artículo 117 del Reglamento del Congreso, se cumple cuando “*la decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes*”.

Finalmente, asevera que en este aspecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que la mayoría absoluta no es igual a la mitad más uno, sino a la mayoría de integrantes de la respectiva corporación. Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. *¿La aplicación de la figura de la sanción prevista en el artículo 134 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 02 de 2015, a algunos congresistas, consistente en que sus curules no pueden ser reemplazadas, la reducción de los integrantes de las cámaras y sus comisiones que integran el Congreso de la República reduce el quórum decisorio para la aprobación de las normas competencia de este?*

2. *¿El inciso 3° del artículo 134 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 02 de 2015, debe interpretarse en el sentido de que reduce el quórum decisorio en las respectivas cámaras y sus comisiones?*

3. *¿Cómo debe ser interpretada la expresión “mayoría absoluta” prevista tanto en el literal g) del artículo transitorio contenido en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2016 como en el numeral 2 del artículo 117 de la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, si como la mitad aritmética más uno o como la concurrencia de la mayoría de votos de integrantes exactamente?”*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) el principio democrático en el Congreso de la República, ii) la aplicación del principio democrático del Congreso de la República en la tramitación del acto legislativo de creación de las 16 circunscripciones de paz para la Cámara de Representantes, iii) quórum y mayorías en el trámite de los actos legislativos, (iv) el artículo 134 de la Constitución Política, v) la jurisprudencia constitucional en materia de mayoría absoluta para la aprobación de proyectos normativos. El precedente judicial, y vi) la jurisprudencia constitucional en materia de mayoría absoluta para la aprobación de proyectos normativos.

### A. El principio democrático en el Congreso de la República

De manera general y abreviada se puede señalar que el principio democrático del Congreso de la República tiene esencialmente las siguientes características:

- 1) El Congreso representa fundamentalmente al pueblo y, en la práctica, a los partidos y movimientos políticos.

En efecto, el artículo 3° de la Constitución establece que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. Agrega que el pueblo ejerce la soberanía en forma directa o a través de sus representantes, conforme a la Constitución, y el artículo 133 de esta señala que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa, como el Congreso, representan al pueblo y deben actuar consultando la justicia y el bien común.

- 2) El Congreso, en el proceso de formación y aprobación de los actos legislativos y leyes, debe observar el libre examen y discusión de los proyectos en los debates, de manera que los textos normativos sean aprobados luego de que la corporación haya tenido la oportunidad de escuchar las reflexiones y opiniones de los integrantes de los distintos sectores que lo conforman.

Sobre este punto la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones. En una de ellas, la Corte, mediante la Sentencia C-252 del 28 de marzo de 2012, sostuvo lo siguiente:

*“La exigencia de llevar a cabo los debates exigidos por la Constitución en desarrollo de un procedimiento legislativo, tiene como objeto la concreción del principio democrático en la elaboración de las leyes dentro del Estado colombiano. Sin embargo, la exigencia del debate no implica que necesariamente deban participar en la discusión las fuerzas políticas que tienen asiento en el Congreso de la República; de ser así, más que una garantía, sería una imposición que limitaría sin justificación los derechos políticos de los miembros del Congreso. Lo que se garantiza con el debate es que los representantes de la sociedad tengan la oportunidad de participar en la construcción de las decisiones que se toman en las corporaciones legislativas. (...)*

*(...) la deliberación o discusión de los proyectos de ley y actos legislativos se corresponde con principios fundamentales de la Constitución de 1991 como el principio democrático, el principio de representación, de democracia participativa y de protección de minorías, que son presupuestos de la actividad legislativa y la conformación del poder político. El Congreso se convierte en el gran mercado de las ideas en donde los representantes no solo cumplen el rol de llevar a cabo las propuestas legislativas en su función de órgano legislativo, sino también el de realizar la función de control político al Gobierno en las propuestas de ley que este lleve a cabo. La labor del Congreso se convierte, al menos teóricamente, en el último reducto legitimador del ejercicio del poder democrático bajo el principio de autonomía, en donde se podría llegar a cumplir con el ideal de que el ejercicio y conformación de la ley se explica a través del uso de la razón pública bajo unas reglas presupuestas que permitan el libre juego democrático.*

*(...) Del mismo modo en la Sentencia C-222 de 1997, que conoció de la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 1996, se explicó que el debate exige la deliberación política sobre la materia en discusión como paso previo a la votación, lo que se demuestra en la exigencia de dos tipos de quórum: el deliberatorio y el decisorio. En igual sentido se explicó que, “el debate es la oportunidad de hacer efectivo el principio democrático en el proceso de formación de ley, en cuanto posibilita la intervención y la expresión de minorías”.*

- 3) El Congreso debe ejercer el control político sobre el Gobierno y la administración, de acuerdo con el artículo 114 de la Carta.
- 4) El principio democrático, en referencia al Congreso, significa también que sus decisiones se toman por mayoría, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 145 y 146 de la Carta y las normas pertinentes de la Ley Orgánica 5ª de 1992, sobre Reglamento del Congreso.

## **B. La aplicación del principio democrático del Congreso de la República en la tramitación del acto legislativo de creación de las 16 circunscripciones de paz para la Cámara de Representantes**

El 2 de mayo de 2017 el Gobierno nacional presentó a la consideración del Congreso el proyecto de Acto Legislativo Número 05 de 2017 Senado, “*Por medio del cual se crean 16 Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2018-2022 y 2022-2026*”. Dicho proyecto lo presentó el Gobierno nacional en cumplimiento del Acuerdo Final de Paz conforme se menciona en la exposición de motivos, que dice lo siguiente:

*“El presente proyecto de acto legislativo se enmarca dentro del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, en tanto pretende garantizar la representación política de poblaciones y zonas especialmente afectadas por el conflicto y el abandono para lo cual crea 16 Circunscripciones Especiales Transitorias de Paz para los períodos 2018-2022 y 2022-2026.*

*En este sentido, el acuerdo suscrito en el teatro Colón de Bogotá el pasado 24 de noviembre de 2016, señaló:*

*“(L)a construcción de la paz requiere que los territorios más afectados por el conflicto y el abandono, en una fase de transición, tengan una mayor representación en el Congreso de la República para asegurar la inclusión política de esos territorios y sus poblaciones, así como la representación de sus intereses”.*

Luego, la exposición de motivos menciona el punto 2.3.6 del Acuerdo, que se refiere concretamente a la creación de las 16 Circunscripciones de Paz.

El proyecto de acto legislativo se presentó para ser tramitado de conformidad con el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, llamado comúnmente “*Tránsito Rápido*” o “*Fast Track*”, el cual fue adoptado en el Acto Legislativo No. 01 del 7 de julio de 2016, para el trámite ágil y abreviado en el Congreso de la República de los proyectos de acto legislativo y de ley necesarios para la implementación del Acuerdo Final de Paz. El artículo 1º del acto legislativo acabado de citar dispuso en el literal f) que los actos legislativos debían ser tramitados en una sola vuelta de cuatro debates y que el tránsito entre una y otra Cámara debía ser de 8 días.

Desde que se radicó, el proyecto se dio a conocer ampliamente y el Congreso adelantó su trabajo de análisis y discusión, con participación de todos los sectores políticos representados en la corporación, de manera que hizo evidente la voluntad de que la iniciativa tuviera el más amplio debate democrático, con la finalidad de que este punto del Acuerdo Final de Paz fuera objeto de una aprobación concienzuda, reflexiva y ponderada por el Órgano Legislativo, actuando en su calidad de Constituyente derivado.

Así por ejemplo se aprecia en el Informe del 12 de junio de 2017 de Ponencia para Segundo Debate en el Senado, relativo al Proyecto de Acto Legislativo número 05 de 2017 Senado, en el cual se señala lo siguiente:

*“Debate en Comisión Primera de Senado*

*El pasado martes 6 de junio se realizó el primer debate del Proyecto de Acto Legislativo 05 de 2017, durante cinco horas se discutió la importancia de la medida democrática de llevar mayor participación a los territorios en los que existe una mayor debilidad estatal.*

*Luego de la exposición por parte del ponente coordinador de los principales puntos de la ponencia, se escucharon las observaciones y los puntos a favor y en contra de las bancadas con asiento en la Comisión Primera de Senado.*

*Las principales observaciones que se hicieron durante el debate estuvieron encaminadas a establecer bajo el criterio de necesidad si es viable o no permitir que los partidos políticos tradicionales puedan avalar candidatos en estas circunscripciones, en este sentido se reiteró que estos espacios democráticos, son para las organizaciones sociales, entre las que se encuentran las organizaciones de víctimas, las organizaciones campesinas y las organizaciones de mujeres”.*

En síntesis, este Proyecto de acto legislativo fue objeto de un trabajo parlamentario intenso en su tramitación, que se debe valorar en la medida en que indicó un esfuerzo y

un deseo del Congreso dirigido a que el logro de la reforma constitucional propuesta –con la cual se pretendía dar cumplimiento al ya mencionado punto del Acuerdo Final de Paz–, se alcanzara con el debido respeto por las críticas y opiniones contrarias al proyecto.

### C. Quórum y mayorías en el trámite de los actos legislativos

#### 1. Las reglas especiales en el Acto Legislativo 1 de 2016

Con el expreso “*propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, de manera excepcional y transitoria...*”; el Congreso de la República, mediante el Acto Legislativo 1 de 2016, artículo 1º, adoptó el “*procedimiento legislativo especial para la paz*”, aplicable para el trámite de los proyectos de actos legislativos y de leyes necesarios para el propósito expresado.

En síntesis, el procedimiento especial se circunscribió a las siguientes reglas:

- a) La iniciativa: exclusiva del gobierno nacional;
- b) El trámite preferencial: consistente en la “*absoluta prelación*” en el orden del día, hasta decidir sobre el proyecto respectivo;
- c) El título: precedido por la fórmula: “*El Congreso de Colombia, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, DECRETA*”;
- d) Los debates de los proyectos de leyes: el primero, en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas, sin requerirse la solicitud del gobierno nacional; y el segundo debate en las plenarias de cada una de las cámaras;
- e) Los debates de los proyectos de actos legislativos: cuatro debates en una sola vuelta;
- f) Las mayorías para los proyectos de ley: las previstas en la Constitución y en la ley según la naturaleza de la ley que se tramita;
- g) La mayoría para los proyectos de acto legislativo: mayoría absoluta;
- h) Control automático y único de constitucionalidad, posterior a la entrada en vigencia de las leyes –excepto las estatutarias por remisión expresa al artículo 153–, y de los actos legislativos (solo por vicios de procedimiento); reducción de los términos de revisión a la tercera parte y prohibición de prórroga.

#### 2. La remisión al reglamento del Congreso.

A continuación de las reglas que integraron el procedimiento especial, el mismo artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2016, dispuso en su inciso final: “*En lo no establecido en este procedimiento especial, se aplicará el reglamento del Congreso de la República*”. En la Ley (orgánica) 5ª de 1992 por la cual se expidió el reglamento del Congreso y de

las cámaras que lo componen, se desarrolla el régimen de las sesiones que incluye las disposiciones atinentes a los debates, los quórum y las mayorías, con remisión a las normas constitucionales.

Para los efectos de la consulta que ahora se resuelve, la Sala se centrará en las normas sobre los quórum deliberatorio y decisorio y las mayorías, señalando previamente que de acuerdo con el artículo 94 de la Ley 5ª *“los debates se definen como “el sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación”*.

### 2.1. Los quórum deliberatorio y decisorio:

#### a) En la Constitución Política, artículo 145:

*“Artículo 145. El Congreso pleno, las Cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente”.*

#### b) En la Ley 5ª de 1992, artículo 95:

*“Artículo 95. Asistencia requerida. La Presidencia declara abierto un debate y permite su desarrollo cuando esté presente, al menos, la cuarta parte de los miembros de la Corporación. Las decisiones solo pueden tomarse con las mayorías dispuestas constitucionalmente”.*

Entonces, de acuerdo con la Constitución y el reglamento del Congreso, el quórum deliberatorio, o sea, el que permite abrir y desarrollar los debates, es *“la cuarta parte de los miembros de la Corporación”*, como mínimo, y es la única regla.

En cuanto al quórum decisorio, tanto la Constitución como el reglamento establecen su conformación con *“la mayoría de los integrantes de la Corporación”*, como regla general; y prevén reglas especiales consagradas en otras disposiciones también constitucionales y del reglamento, que corresponden a los actos legislativos y a la naturaleza y objeto de las distintas clases de leyes. En el artículo 116, la Ley 5ª define el quórum así:

*“Artículo 116. Quórum. Concepto y clases. El quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las Corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir. Se presentan dos clases de quórum, a saber:*

1. *Quórum deliberatorio. Para deliberar sobre cualquier asunto se requiere la presencia de por lo menos la cuarta parte de los miembros de la respectiva Corporación o Comisión Permanente.*
2. *Quórum decisorio, que puede ser:*
  - *Ordinario. Las decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente.*

- *Calificado. Las decisiones pueden adoptarse con la asistencia, al menos, de las dos terceras partes de los miembros de la Corporación legislativa.*
- *Especial. Las decisiones podrán tomarse con la asistencia de las tres cuartas partes de los integrantes.*

*Parágrafo. Tratándose de sesiones conjuntas de las Comisiones Constitucionales Permanentes, el quórum decisorio será el que se requiera para cada una de las Comisiones individualmente consideradas”.*

Como puede observarse, la Ley 5ª reitera la regla única del quórum deliberatorio y establece tres clases de quórum decisorio de acuerdo con las distintas mayorías que fija la Constitución Política para la toma de la decisión respectiva.

c) En el procedimiento legislativo especial (A. L. 01 de 2016):

No contiene norma especial en materia de quórum. Por consiguiente, aplicaban las reglas transcritas.

## 2.2. Las mayorías

La consulta versa sobre el trámite de un proyecto de acto legislativo, por lo cual se citará el articulado específico.

a) La Constitución Política:

El artículo 375 de la Carta determina el procedimiento para la adopción de un acto legislativo:

*“Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.*

*El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.*

*En este segundo período solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”.*

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 375 transcrito, el trámite de un acto legislativo en el Congreso requiere 8 debates que deben ser dados en dos períodos ordinarios y consecutivos, 4 debates en cada período, y entre los períodos debe ser publicado el proyecto por el Gobierno nacional.

En los 4 debates iniciales, que integran la “primera vuelta”, el proyecto debe ser aprobado “por la mayoría de los asistentes”; y en los 4 debates que conforman la “segunda vuelta”, se requiere “el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara”.

b) La Ley 5ª de 1992

En el artículo 117 se definen las “*mayorías decisorias*”; se transcribe de nuevo para mayor claridad:

*“Artículo 117. Mayorías decisorias. Las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación surten sus efectos en los términos constitucionales. La mayoría requerida, establecido el quórum decisorio, es la siguiente:*

1. *Mayoría simple. Las decisiones se toman por la mayoría de los votos de los asistentes.*
2. *Mayoría absoluta. La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes.*
3. *Mayoría calificada. Las decisiones se toman por los dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros.*
4. *Mayoría especial. Representada por las tres cuartas partes de los votos de los miembros o integrantes”.*

Reitera la Sala la precisión y la exigencia que hace la norma transcrita, en el sentido de que para determinar la mayoría es necesario tener “establecido” el quórum decisorio.

c) El procedimiento legislativo especial (A. L. 01/16):

Redujo de 8 a 4 los debates requeridos para el trámite de los proyectos de acto legislativo y exigió que en todos los 4 debates la decisión se tomara por mayoría absoluta.

Es claro que al no haberse referido al quórum, la mayoría absoluta parte de tener determinado o establecido el quórum decisorio.

El artículo 375 de la Constitución tampoco hace mención al quórum y, por consiguiente, dicho quórum corresponde al Ordinario, esto es, el que se integra con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación, conforme a la definición del artículo 16, numeral 2, de la Ley 5ª de 1992.

#### **D. El artículo 134 de la Constitución Política**

Para los efectos de esta consulta, la Sala se permite precisar de entrada que cuando se aplique la sanción consagrada en el artículo 134 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015 (situación conocida como “la silla vacía”) se genera forzosamente la reducción del número de integrantes de la respectiva Comisión, o Corporación (Senado o Cámara) o Congreso en pleno, según el caso.

Por lo tanto, la determinación del quórum y las mayorías debe establecerse con base en el número total de integrantes de la respectiva Corporación fijado en la Constitución, cifra

a la que deben restarse las curules que no pueden ser remplazadas, tal como lo señala el inciso 3° del Artículo 134 de la Constitución Política. En otras palabras, para efectos de conformación del quórum y mayorías se toma en cuenta el número de miembros que efectivamente integran el cuerpo colegiado como efecto del cumplimiento de la norma constitucional que da lugar a la “silla vacía”.

Esta es la interpretación resultante del análisis finalístico, sistemático, razonable y útil de la norma constitucional, como pasa a explicarse; y que recoge la situación real del órgano legislativo porque de lo contrario se desnaturalizaría la voluntad del constituyente y del legislador en lo que respecta a quórum y mayorías. El artículo 134 de la Constitución Política, modificado por los actos legislativos 01 de 2009 y 02 de 2015, establece lo siguiente:

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

*En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.*

*Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas. (...).”*

Esta norma que contiene la figura conocida como la “silla vacía” buscó responsabilizar a los partidos políticos cuando sus integrantes fueran condenados por ciertos delitos, tales como la pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; los dolosos contra la administración pública; los que atentan contra los mecanismos de participación democrática, y los de Lesa Humanidad. En esta dirección, en el informe de ponencia para primer debate del proyecto de Acto Legislativo 02 de 2015 se señaló:

*“Así entonces, la introducción de esta norma en el ordenamiento jurídico se convierte en una medida que acentúa la depuración de las Corporaciones Públicas, lo que trae como consecuencia que aquellas tengan un reajuste institucional en su interior que a su turno también implicará un mejor ejercicio del Poder Público y un equilibrio en su ejecución.*

*Adicional a lo anterior, la sanción a los partidos políticos por la ampliación de la silla vacía a delitos contra la Administración Pública hace que aquellos adopten filtros en la escogencia*

*de los candidatos. Así, en ese control previo, se garantizará que el ejercicio del poder público se realice por personas decorosas lo que permite que el poder no se desborde en favor de intereses personales sino que se ejecute en beneficio del interés general, manteniendo de esta forma un equilibrio del Poder Público”<sup>68</sup>.*

Asimismo, la norma persigue disciplinar a los partidos políticos, según se desprende de los debates que se presentaron durante la discusión en el Congreso del proyecto que dio lugar a la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015:

*“Para complementar los esfuerzos de democratización e institucionalización de los partidos, se propone avanzar también en la lucha contra la corrupción, para lo cual la reforma también establece la implementación de la Silla Vacía para los delitos dolosos contra la administración pública, como mecanismo no solo sancionatorio para los partidos, que no hagan el análisis y seguimiento de las calidades y antecedentes del candidato necesarios para dar su aval y presentarlo dentro de su lista, sino que constituye en sí mismo un estímulo para la disciplina de partidos, en la medida en que obliga a establecer dinámicas internas para la selección de los candidatos”<sup>69</sup>.*

El mecanismo de la silla vacía constituye entonces una sanción tanto para los partidos políticos, como para los titulares de las curules. Así, en la ponencia para primer debate en segunda vuelta se estableció:

*“Desde la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, el Constituyente derivado estableció que aquellos miembros de Corporaciones Públicas que incurrieran en delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad en ningún caso podrían ser reemplazados en su cargo. Esta prohibición fue denominada la silla vacía, constituida como una sanción para los titulares de los escaneos y, en suma, para los partidos políticos, puesto que las curules que habían obtenido a través de los sufragios electorales, a partir de la vigencia de esa norma, quedan sin titular lo que a su turno significa que la representación del partido político se disminuye y, en consecuencia, su poder de decisión político también se afecta”.*

Por su parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado concluyó en el 2013:

*“Inmediatamente, en el inciso siguiente se prohibió reemplazar a los miembros de una corporación pública de elección popular, “cuando sobre ellos recaiga orden de captura dentro de un proceso penal al cual se le vincule formalmente por delitos relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad”, esto es, se estableció una regla distinta a la anterior, pues tales faltas no admiten suplir la vacante y además, se castiga tanto a quien ocupaba la curul como al partido, pues a este último se le impone la sanción conocida con el nombre de la silla vacía. (...)*

68 Ponencia para primer debate en segunda vuelta al proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado. Gaceta del Congreso del 13 de mayo de 2015.

69 Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014.

*Luego, en el mismo párrafo se alude a las renunciaciones no justificadas con ocasión a la vinculación formal por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, la cual trae como consecuencia la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal y edil y la imposibilidad de ser reemplazado. Con este aparte de la norma el constituyente quiso evitar que los partidos eludieran su responsabilidad para ser objeto de la sanción de la silla vacía, esto es, con o sin dimisión en razón a las acciones graves anteriormente señaladas no hay lugar al reemplazo, por lo tanto, los efectos son para el acusado y para la colectividad a la que pertenece<sup>70</sup>.*

Ahora bien, en lo que respecta al alcance del efecto de la silla vacía, es decir la prohibición de reemplazar al servidor público, encuentra la Sala que evidentemente dicha medida impacta la integración y el funcionamiento del Congreso de la República y sus comisiones. En efecto, el quórum no es otra cosa que el mínimo de personas requeridas para que un colectivo pueda actuar válidamente<sup>71</sup>:

- Si es deliberatorio, para que pueda deliberar válidamente.
- Si es decisorio, para que pueda adoptar decisiones válidamente.<sup>72</sup>

En este sentido, la interpretación jurídica realizada al comienzo de este acápite está en perfecta congruencia con la operación aritmética que se explica a continuación.

El quórum se deriva de una operación aritmética mediante la cual se multiplica un número entero (X) por un número fraccionario, siendo X el número de integrantes y el fraccionario es función de la decisión de la instancia competente para expedir la norma o reglamento correspondiente, la cual tendrá por necesarias mayores o menores exigencias de acuerdo con la deliberación o decisión de que se trate.

Así, el fraccionario se acercará a uno si se considera materia exigente, y se alejará de uno si a la materia correspondiente se la considera asunto que demanda menor vigilia. Por ejemplo, el setenta, ochenta o noventa por ciento (X multiplicado respectivamente por 0.7, 0.8, 0.9) como mínimo para deliberar o decidir, indican alta exigencia; el cincuenta, cuarenta o treinta por ciento (multiplicación por 0.5, 0.4, 0.3), baja exigencia. En materia

70 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 5 de septiembre de 2013. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00097-01.

71 El debate es un requisito indispensable para adoptar una decisión en un Estado Social y Democrático de Derecho, para lo cual se estableció la necesidad de que exista un quórum: "Tratándose de la adopción de decisiones que habrán de afectar a toda la población, en el caso de las leyes y con mayor razón en el de las reformas constitucionales, que comprometen nada menos que la estructura básica del orden jurídico en su integridad, el debate exige deliberación, previa a la votación e indispensable para llegar a ella, lo que justamente se halla implícito en la distinción entre los quórum, deliberatorio y decisorio, plasmada en el artículo 145 de la Carta". Por lo anterior es esencial para la aprobación de cualquier ley de la República el cumplimiento del quórum y de las mayorías exigidas por la Constitución Política. (...) El quórum, es un elemento indispensable para la validez de los actos del Congreso. La carencia de quórum constituye una causal de ineficacia de cualquiera de las decisiones que se adopten durante la sesión correspondiente, según lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución". Corte Constitucional. Sentencia del 24 de febrero de 2016, C-087/16.

72 "El quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las Corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir. Se presentan dos clases de quórum, a saber: 1. Quórum deliberatorio. Para deliberar sobre cualquier asunto se requiere la presencia de por lo menos la cuarta parte de los miembros de la respectiva Corporación o Comisión Permanente. 2. Quórum decisorio, que puede ser: - Ordinario. Las decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente. - Calificado. Las decisiones pueden adoptarse con la asistencia, al menos, de las dos terceras partes de los miembros de la Corporación legislativa. - Especial. Las decisiones podrán tomarse con la asistencia de las tres cuartas partes de los integrantes". Ley 5ª de 1992, artículo 116.

decisoria se suele usar un fraccionario más o menos alto para significar la exigencia de una mayoría calificada más o menos alta.

El número entero, X, suele usarse también para definir una mayor o menor exigencia en lo que toca con el mínimo de asistencia a la reunión del colectivo, según el tópico del cual se trate. En general el quórum deliberatorio se obtiene de multiplicar el fraccionario o porcentaje definido, por el número de integrantes del colectivo, que es un número fijo (ejemplo, se podrá deliberar con la asistencia mínima del 60 por ciento de los miembros).

El quórum decisorio, en cambio, admite dos variantes principales: (i) o bien se lo norma y proyecta como la multiplicación del fraccionario sobre la totalidad de integrantes del colectivo –este último un número entero fijo al igual que en el caso expuesto del quórum deliberatorio–, vale decir sin tener en cuenta la asistencia efectiva (como cuando se exige el voto favorable de al menos el 75 % de los miembros), o bien (ii) se plantea multiplicar el fraccionario por el número de asistentes (sobre la base de que haya quórum). Por ejemplo, la decisión deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos el 75 % de los asistentes.

En este orden de ideas, como puede observarse, la llamada “silla vacía” en el ordenamiento colombiano afecta la definición del número fijo X que opera como multiplicando, esto es, define el número de miembros del colectivo Senado o Cámara de Representantes. Y lo hace de manera general. Vale decir que siempre que se requiera acudir al número total de miembros de la corporación, para efectos de definir quórum deliberatorio o decisorio, o cálculo de mayorías exigidas, ese número será el mismo y será en consecuencia el multiplicando al cual se aplicará el multiplicador fraccionario. Lo anterior por cuanto la ley no distingue y no es lícito al intérprete distinguir<sup>73</sup>, y porque redarguye a toda lógica que una corporación pueda ostentar un “número total de miembros” diferente para unos casos y para otros.

Una interpretación del inciso 3º del artículo 134 de la Constitución Política en un sentido que restrinja su aplicación únicamente a la conformación del quórum, generaría que existieran dos formas de entender la “integración” de la corporación pública, una para el quórum, y otra para definir mayorías. Tal entendimiento no sería razonable, toda vez que estas son materias estrechamente ligadas que deben operar de forma sistemática y sincrónica. De esta suerte, el quórum y las mayorías deben determinarse teniendo en cuenta el número de miembros que integran efectivamente el órgano, luego de aplicar los efectos indicados en la norma constitucional a propósito de la silla vacía. Así por ejemplo, el artículo 117 de la Ley 5ª de 1992 dispone:

*“MAYORÍAS DECISORIAS: Las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación surten sus efectos en los términos constitucionales. La mayoría requerida, establecido el quórum decisorio, es la siguiente:*

1. *Mayoría simple. Las decisiones se toman por la mayoría de los votos de los asistentes.*

73 “Incluso resulta plenamente aplicable al tema, el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”. Corte Constitucional. Sentencia del 3 de mayo de 2012, C-317/12.

2. *Mayoría absoluta. La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes.*
3. *Mayoría calificada. Las decisiones se toman por los dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros.*
4. *Mayoría especial. Representada por las tres cuartas partes de los votos de los miembros o integrantes”.*

Se advierte de la norma anterior que la mayoría decisoria implica que se establezca en primer lugar cuál es el quórum para tomar la decisión. Por consiguiente, el número de integrantes de la corporación requerido para constituir el quórum decisorio no podría ser diferente al necesario para determinar la mayoría decisoria.

De otra parte, una interpretación literal del artículo 134 de la Constitución Política dejaría sin efecto la sanción señalada en dicha norma, pues permitiría que miembros de la corporación pública afectados por la medida continuaran impactando el funcionamiento del órgano, a pesar de que la medida buscara precisamente separarlos del cargo, para que no tuvieran ninguna influencia en las decisiones por tomar.

Por consiguiente, debe señalarse que la interpretación del artículo 134 de la Constitución no debe hacerse de forma literal o exegética. Por el contrario, debe realizarse de manera sistemática y razonable para alcanzar la finalidad perseguida por la norma, y así darle un efecto útil a la misma. A esa misma conclusión ha llegado la jurisprudencia cuando ha indicado:

*“Ahora bien, esta Corte ya ha señalado que cuando la comprensión literal de una norma “conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista”<sup>74</sup>.*

Vale la pena destacar que, siguiendo esta misma línea de argumentación, esta Corporación ya se ha apartado de una interpretación literal del artículo 134 de la

74 Corte Constitucional. Sentencia del 30 de junio de 1998, C-317/98. “También esta Corte ha señalado que la autonomía que la Carta “reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados” (sentencia C-301/93); esto es, los frutos del ejercicio hermenéutico deben ser razonables. En este sentido, expresó la Corporación que “cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista” (sentencia C-011/94). El contenido mismo del concepto de “razonabilidad” ha sido explorado por la Corte, que en sentencia C-530/93, dijo que este “hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad”. En otras palabras, se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios “pro libertatis” y “pro homine”, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2001, C-1026/01. Por su parte la doctrina ha indicado: “Los principales argumentos interpretativos son: (...) Argumento teleológico. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a su propia finalidad objetiva. (...) Argumento ad absurdum o por reducción al absurdo. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel o aquellos significados que den lugar a consecuencias absurdas o que contrasten con valoraciones de sentido común”. Jaime Cárdenas García. Introducción al estudio del Derecho. Universidad Autónoma de México. Nostra Ediciones. 2009, pp. 305-306.

Constitución Política y de la figura de la silla vacía. Así, la Sección Quinta recientemente determinó:

*“No obstante, el problema jurídico sometido a consideración de la Sección evidencia que la técnica utilizada por el Constituyente no fue la más adecuada, pues si se acepta que tanto el “llamamiento”, como la “silla vacía” tienen causales específicas y taxativas para su materialización puede suceder, como en efecto ocurre, que muchas situaciones que generan la vacancia de la curul -absoluta o temporal- queden excluidas del ámbito de aplicación de tales figuras, y, por ello, la técnica de interpretación gramatical no es la llamada a zanjar la controversia que se genera.*

*Es precisamente lo anterior lo que sucede en el caso concreto, ya que del tenor literal de la disposición constitucional no se observa que la falta generada por la separación del cargo en razón a un fallo de responsabilidad fiscal de lugar al llamamiento -posibilidad de reemplazo-, y tampoco a dejar la curul vacante -prohibición de reemplazo-.*

*En el presente evento, entonces, el juez electoral se enfrenta a un dilema inevitable, ya que, o aumenta los eventos consagrados para la “silla vacía” o en su defecto aumenta las causales que dan lugar al llamamiento.*

*Ante esta paradoja constitucional es necesario recurrir a criterios de interpretación, más allá de los exegéticos, a efectos de determinar qué sucede en esos casos en los que la situación que dio lugar a la falta en la corporación pública no está descrita en las causales contenidas en el artículo 134 Constitucional.*

*Así pues, para la Sala, una hermenéutica finalística y con efecto útil de la disposición constitucional permite dilucidar el problema jurídico sub judice armonizando no solo la restricción que el Constituyente quiso imponer sobre este tópico, sino también los derechos a elegir y ser elegido que permean el caso concreto”<sup>75</sup>.*

Finalmente, la Sala quiere enfatizar que una interpretación diferente a la expuesta, esto es, que no haya una recomposición del quórum para efectos deliberatorios y decisorios podría dar lugar a que se afectara negativamente el normal funcionamiento del órgano legislativo, tal y como con anterioridad ya lo había señalado esta Sala.

En efecto, en los conceptos 2073 de 2011 y 2218 de 2014, que ahora se reiteran, se ha interpretado las normas que permiten la recomposición del quórum cuando no procede el reemplazo en las corporaciones públicas. En tales ocasiones la Sala manifestó:

*“Nótese cómo el constituyente (secundario o derivado), consciente de la dificultad práctica que podía traer la eliminación del efecto jurídico de los reemplazos en los casos de faltas temporales, y la posible restricción democrática derivada de su decisión, privilegió la continuidad de la función constitucional que cumplen las corporaciones públicas de*

75 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 30 de agosto de 2017. Radicación número: 13001-23-33-000-2017-00606-01.

*elección popular, permitiendo la recomposición del quórum<sup>76</sup> para que tales corporaciones ejerzan sus competencias sin contar con los ausentes respecto de los que se predique una causal de falta temporal.*

*Con la reforma introducida se evita la afectación del adecuado funcionamiento de la corporación de elección popular correspondiente, conformándose el quórum para deliberar y decidir con los integrantes de la corporación habilitados para ejercer las funciones para las cuales fueron elegidos.*

*La anterior regla, a juicio de la Sala, no es más que la materialización del principio de garantía de la función estatal y de legalidad, antes explicados, así como de los principios constitucionales de la función administrativa, en particular los de eficacia, eficiencia y responsabilidad (...)*"

## **E. La jurisprudencia constitucional en materia de mayoría absoluta para la aprobación de proyectos normativos. El precedente judicial.**

Adicional a los argumentos antes expuestos, la Sala encuentra que en el presente asunto existe ya un precedente judicial que toca en particular el caso que es materia de la consulta.

Como es sabido, para la doctrina, en desarrollo del artículo 230 de la Constitución la Corte Constitucional ha permitido privilegiar el criterio de los jueces al aplicar las normas, hasta el punto de que se otorga valor vinculante a la jurisprudencia de las altas cortes como fuente formal del derecho.

Es así que las interpretaciones de los tribunales de cierre marcan pautas de respuesta correcta y deben permitir intervenciones con impacto sobre instituciones jurídicas o sobre políticas públicas que lleven a la práctica el estado social de derecho<sup>77</sup>.

Para el caso de los fallos de la Corte Constitucional, estos hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas, en razón a la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y al principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política. En consecuencia, deben acatarse los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del texto superior, so pena de afectación de derechos fundamentales, y por tanto de vulneración directa de la Constitución o de la ley que pueden dar lugar a responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, y a la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela, contra actuaciones administrativas o providencias judiciales<sup>78</sup>. Dice además la Corte que:

76 "El quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las Corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir..."; artículo 116 de la Ley 5ª de 1992. Si bien es evidente que los concejos municipales no son "corporaciones legislativas", lo cierto es que la locución "quórum" tiene una definición legal que por mandato del artículo 28 del Código Civil, no puede ser desconocido por el intérprete.

77 Iregui Paola. Precedente judicial en el Contencioso Administrativo. Editorial Universidad del Rosario. Páginas 40, 71 y 72.

78 Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.

*“Mientras la jurisprudencia de juzgados y tribunales es criterio auxiliar de interpretación en el ejercicio de la función judicial, las sentencias de los órganos judiciales de cierre y unificación de las diferentes jurisdicciones, además del valor de cosa juzgada propio de ellas frente al caso sub iudice, posee fuerza vinculante como precedente respecto de posteriores decisiones judiciales que examinen casos similares, sin perjuicio de la posibilidad de apartamiento e inaplicación del mismo que tiene el juez, a partir de argumentaciones explícitas al respecto. Y tal fuerza vinculante del precedente de las denominadas altas cortes puede ser extendida a la autoridad administrativa por el Legislador. Por ello, es exequible el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011”<sup>79</sup>.*

Por su parte, esta Sala ha resaltado que la importancia del precedente fijado por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones (contenciosa, ordinaria y constitucional) radica en su carácter vinculante, esto es, en el deber de observancia que surge dentro de las propias jurisdicciones (precedente horizontal y vertical) y también para las autoridades administrativas, quienes en virtud del principio de legalidad y de su sujeción a los principios, valores y derechos constitucionales, están obligadas a tener en cuenta la interpretación que tales órganos judiciales hacen de las normas aplicables a los asuntos de su competencia. El desconocimiento injustificado de los precedentes judiciales, además de ser contrario al principio de legalidad, vulnera los principios de eficacia, eficiencia, economía, responsabilidad y colaboración con la justicia, en la medida en que produce desgastes administrativos, mayores costos fiscales, cargas laborales innecesarias y congestión judicial<sup>80</sup>.

Así las cosas, subraya la Sala, que en la Sentencia C-784 de 2014 la Corte Constitucional se pronuncia sobre el concepto de mayoría absoluta a propósito de la exigencia de que los proyectos de leyes estatutarias deben ser aprobados por “mayoría absoluta de los miembros del Congreso” (C. P. art. 153)

En dicho fallo la Corte se ocupa de estudiar la objeción del Procurador General de la Nación frente a la aprobación del artículo 2° del Proyecto de Ley Estatutaria 063 de 2013 Senado, 073 de 2013 Cámara, “por medio de la cual se dictan las reglas para el desarrollo de referendos constitucionales con ocasión de un Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado”.

El Procurador manifestó que el artículo fue aprobado por solo 10 de los 19 miembros de la Comisión Primera de Senado, cuando en su sentir debieron aprobarla al menos 11 senadores, y que por tanto no se habría cumplido con las mayorías exigidas por la Constitución pues la mayoría absoluta es la mitad más uno de los integrantes; y que si al aplicar esa fórmula no se obtiene un número entero, la mayoría absoluta es el número entero siguiente a la mitad más uno, con lo cual la mayoría absoluta de 19 sería 11 (mitad 9,5, más 1 sería 10,5, número entero siguiente 11). Al respecto, en el citado fallo se dice:

*“38. La Corte observa que la Constitución en algunos preceptos condiciona determinadas decisiones a la aprobación de “la mitad más uno” de los miembros de una Cámara del Congreso (CP arts 135-9 y 167). Ese, sin embargo, no es el caso del artículo 153 de la*

79 Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011.

80 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2258 de 2015.

*Constitución, en el cual se sujeta la aprobación de las leyes estatutarias a la “mayoría absoluta de los miembros del Congreso”. La definición de mayoría absoluta como la mitad más uno de los votos de los integrantes, no tiene inconvenientes aparentes cuando se aplica a Corporaciones o células colegiadas integradas por un número par de miembros. En el Senado de la República, compuesto por 102 Senadores (número par), la mayoría absoluta está conformada por la concurrencia de votos igual o superior a la mitad (51) más uno (52). En la Cámara de Representantes, compuesta por 166 Representantes, la mayoría absoluta la constituye también la confluencia de un número de votos igual o superior a la mitad (83) más uno (84). Ahora bien, en las comisiones en las cuales el número de sus integrantes es impar, esa definición deja de ser obvia y, por el contrario, presenta diversos problemas.*

*39. Concebir la mayoría absoluta como la mitad más uno de los miembros tiene ante todo un problema de inconsistencia. Si por ejemplo la célula tiene –como en este caso la Comisión Primera de Senado– 19 miembros, la mitad más uno de esa cifra es 10.5. Dado que no es posible entre personas llegar de forma exacta a esa cifra (sin excesos ni defectos), pues cada integrante tiene un voto, la pregunta es entonces qué debe hacerse: ¿una aproximación por exceso –hacia 11– o por defecto –hacia 10– El Procurador propone hacer una aproximación hacia arriba, para que la mayoría absoluta la conformen 11 Senadores, pues si se pudiera hacer una aproximación por defecto se obtendría mayoría absoluta con menos de la mitad más uno. No obstante, lo cierto es que incluso una aproximación hacia arriba incumple la definición de la cual parte el Procurador, pues en ese caso la mayoría absoluta no sería en sentido estricto la mitad más uno, sino más de la mitad más uno (la mitad más uno y medio). Habría entonces una definición poco consistente, ya que en unos casos –de asambleas pares– la mayoría absoluta se definiría como el apoyo por un número igual o superior a la mitad más uno, mientras que en otros –de conformación impar– la misma mayoría tendría que definirse como más de la mitad más uno (más uno y medio). La definición de la cual se parte para conceptualizar la mayoría absoluta no puede ser distinta según si es par o impar el número de asambleístas.*

*40. Ahora bien, incluso si –pese a sus problemas de consistencia conceptual– se aceptara concebir la mayoría absoluta de ese modo, habría ciertas hipótesis constitucionalmente posibles en que aplicar la mayoría absoluta así entendida conduciría a una obvia paradoja. En efecto, cuando se trata de ciertas células conformadas por 9 integrantes, la mitad más uno sería 5.5. Esa cifra tendría que aproximarse hacia arriba, según la definición mencionada, y la mayoría absoluta sería entonces de 6 votos. No obstante, 6 votos son igual a las dos terceras partes de una célula integrada por 9 miembros. Con lo cual, bajo la idea de aplicar la mayoría absoluta, en ese caso se terminaría por convertirla en una mayoría especial y cualificada de las dos terceras partes de los integrantes. Si bien en la conformación actual del Congreso de la República no se ha configurado una comisión integrada por solo 9 miembros, nada en la Constitución impide que así ocurra hacia futuro, según una nueva ordenación del Parlamento. En ese caso, si se ha de tramitar un proyecto de ley para cuya aprobación se requiera mayoría absoluta, serían necesarios 6 votos; es decir, dos terceras partes de los votos, que es una mayoría sumamente excepcional en la Constitución (C. P. art. 150-17), no exigible siquiera para reformar la Carta Política. La Corte no puede sin embargo admitir que para lograr la mayoría absoluta se tengan que reunir dos terceras partes de los votos de los integrantes de una célula.*

41. *En la jurisprudencia de la Corte, en el derecho comparado, en la doctrina y en la práctica parlamentaria, cuando se tiene en cuenta el caso de las asambleas impares, se concibe la mayoría absoluta o bien como cualquier número entero superior a la mitad de los integrantes,<sup>81</sup> o bien como más de la mitad de los integrantes,<sup>82</sup> o bien como la mayoría de los integrantes de una célula.<sup>83</sup> Si la Corporación está integrada por un número par –y tiene 102 miembros–, la mayoría absoluta es 52 o más; si la conforma un número impar –y tiene 105 miembros– la mayoría absoluta es 53 o más. En ambos casos, los resultados responden exactamente a cualquiera de las definiciones antes mencionadas. No es necesario variar la definición, según si el cuerpo está constituido por un número par o impar. Cuando se observa la jurisprudencia constitucional, es además la que se ha acogido para determinar concretamente la mayoría absoluta en las Comisiones Primeras de Senado y Cámara de Representantes.*

42. *En efecto, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la mayoría absoluta de la Comisión Primera de Senado es de 10 votos (de 19 integrantes), y la de la Comisión Primera de Cámara es de 18 votos (de 35 integrantes). En sentencia C-551 de 2003, al revisar una Ley de referendo que requería aprobación por mayoría absoluta (CP art. 378), la Corte encontró que una norma se había aprobado con 10 votos en la Comisión Primera de Senado, y que otra se había aprobado con 18 votos en Comisión Primera de la Cámara. En ese contexto, ambas células tenían el mismo número de integrantes que hoy tienen (19 y 35 respectivamente)<sup>84</sup>. La Corte dijo entonces que en ambos casos se había reunido la mayoría absoluta: “la Comisión I del Senado está integrada por 19 miembros, por lo que 10 senadores conforman mayoría; [...] La Comisión I de [l]a [C]ámara está integrada por 35 miembros, por lo que 18 representantes forman mayoría”<sup>85</sup>. Una decisión similar se tomó en sentencia C-187 de 2006<sup>86</sup>. En sentencia C-490 de 2011, al revisar un proyecto de ley estatutaria, dijo la Corte: “la Comisión Primera del Senado está conformada por 19 parlamentarios, por lo que la mayoría absoluta es de 10 senadores”; y “la Comisión Primera de la Cámara de Representantes está compuesta por 35 miembros, la mayoría absoluta es de 18 parlamentarios”<sup>87</sup>.*

43. *La definición de mayoría absoluta que prevé la Ley 5ª de 1992 está a la base de las conclusiones precedentes. El artículo 117 de la Ley 5ª no define la decisión por mayoría*

81 Es la definición de mayoría absoluta que contempla, para las decisiones internas de la Corporación, el Acuerdo 05 de 1992 –y sus reformas– Reglamento de la Corte Constitucional, en su artículo 3: “Las decisiones de la Corte, salvo lo dispuesto en la ley para determinados casos, se adoptarán por mayoría absoluta. || **Se entiende por mayoría absoluta cualquier número entero de votos superior a la mitad del número de Magistrados que integran la Corte**” (énfasis añadido). En la doctrina puede verse Cabanellas, Guillermo. Voz ‘Mayoría absoluta’. Diccionario Enciclopédico Usual. Tomo 5. Bs Aires. Heliasta.

82 Sentencia C-179 de 2002 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SPV. Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil). En ese caso definió la mayoría absoluta como “el apoyo de más de la mitad de los integrantes de la célula legislativa”. Tal definición se ha reiterado en otras sentencias. En la doctrina, entre otros, Bidart Campos, Germán. *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires. 2008, p. 271.

83 Ley 5ª de 1992, artículo 117: “Mayorías decisorias. Las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación surten sus efectos en los términos constitucionales. La mayoría requerida, establecido el quórum decisorio, es la siguiente: [...] 2. **Mayoría absoluta. La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes**”. (énfasis añadido). En el Common Law se postula una definición de este tenor. Ver Black’s Law Dictionary. “Absolute majority”. Thomson West- 2004, p. 974.

84 Desde la Ley 754 de 2002, reformatoria de la Ley 3 de 1992, la Comisión Primera está “Compuesta por diecinueve (19) miembros en el Senado y treinta y cinco (35) en la Cámara de Representantes” (art 2, Ley 3/92).

85 Sentencia C-551 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett. SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández).

86 Sentencia C-187 de 2006 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández. SV Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra). En esa ocasión, al revisar un proyecto de ley estatutaria, se observó que la proposición con la cual concluía el informe de ponencia se había aprobado en la Comisión Primera de la Cámara por 18 votos (entonces tenía también 35 integrantes). La Corte dijo que se había aprobado por mayoría absoluta: “La proposición con que termina el informe de ponencia fue aprobada por mayoría absoluta (18 votos por el sí, 0 votos por el no)”.

87 Sentencia C-490 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. AV Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV María Victoria Calle Correa y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En ese caso, no obstante, la Corte sostuvo que en cada votación se habían superado esas cifras límite de la mayoría absoluta.

*absoluta como aquella que toma “la mitad más uno” de los miembros de la Corporación o célula, sino como la de “la mayoría de los votos de los integrantes”. Según esto, no importa si los “integrantes” constituyen un número par o impar, pues la mayoría absoluta se conforma por la concurrencia de la mayoría de votos de integrantes exactamente, sin aproximaciones por exceso o por defecto. Cuando el número de integrantes es de 19, la mayoría de ellos es cualquier número igual o superior a 10. Cuando 10 de los integrantes de la Comisión votan en un sentido, y los miembros restantes en otro, es evidente que estos últimos –que serían 9 a lo sumo– están en minoría. Después de que 10 miembros de una Comisión con 19 integrantes votan en un sentido, en esa comisión no existe ninguna otra agrupación humana que pueda obtener igual o mayor votación, y es a esto a lo que llamamos mayoría absoluta. (...)*

*45. Una práctica parlamentaria en el Derecho comparado permite concluir además que tampoco es esta una convención exclusiva del constitucionalismo colombiano. El Parlamento Europeo, en las elecciones de 2014, fue integrado por un total de 751 miembros. Es entonces un número impar. Para tomar algunas decisiones en el Parlamento Europeo se necesita mayoría absoluta. En ese contexto, se ha concluido que mayoría absoluta es el número entero superior a la mitad; es decir, 376, y no la mitad más uno aproximada al número entero superior siguiente, que sería 377.<sup>88</sup> La práctica así manifestada concuerda con la jurisprudencia constitucional colombiana, con la Ley 5 de 1992, con la doctrina y con la práctica parlamentaria colombiana seguida en este y otros procedimientos legislativos, en que se han declarado aprobados por mayoría absoluta, proyectos de ley votados en la Comisión Primera de Senado por 10 miembros, y en la Comisión Primera de la Cámara por 18 Representantes.<sup>89</sup> La Corte no encuentra entonces que al Procurador le asista razón en este punto”.*

En la sentencia SU-221 de 2015 el tribunal constitucional considera:

*“(...) la mayoría absoluta que hace referencia a la mitad más uno de los votos de los integrantes de una Corporación, es decir, la mitad más uno de los votos de quienes pueden ejercer el voto, tal y como lo exige el artículo 153 de la Constitución que dispone: “la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso (...)” O también en el artículo 150 núm. 10 y el artículo 151. Así, por ejemplo, al revisar la aprobación de dos artículos que requerían una mayoría absoluta para su aprobación, la Corte revisó la votación que se llevó a cabo en el Congreso, y encontró que por no superar la mitad más uno de los votos de los miembros, no se cumplía con dicha mayoría. En ese caso la Corte hizo el análisis de la siguiente forma:*

*“Según la constancia expedida por el Secretario General de la Cámara de Representantes, el “número exacto” de congresistas que integraban esta Corporación, (...) era de ciento sesenta y uno (161). En consecuencia, la mayoría absoluta era de ochenta y un (81) representantes, es decir, la mitad más uno de los miembros”.*

<sup>88</sup> Sobre la mayoría absoluta en el Parlamento Europeo puede verse por ejemplo Gillespie, Alisdair. *The English Legal System*. Oxford University Press. 2011, p. 108. En cuanto a la conformación actual del Parlamento, a las implicaciones de la mayoría absoluta, puede verse el sitio la Comisión Europea. [http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/glossary\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/glossary_fr.htm) En nuestro contexto, sobre el derecho parlamentario europeo, puede verse Chinchilla, Tulio Eli. *La mayoría no existe*. Universidad de Antioquia. Unesco. Icfes. 200, p. 12.

<sup>89</sup> En Colombia véase Chinchilla, Tulio Eli. Citado; Samper, José María. *Derecho público interno*. Bogotá, Temis. 1982, p. 418. Doctrina extranjera puede verse Bidart Campos, Germán. *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires. 2008, p. 271.

*Con base en lo anterior, es importante precisar qué ocurre en las corporaciones públicas cuando el total de los integrantes es un número impar, y, por consiguiente, la mitad no es un número entero sino un número con decimal.*

*Siguiendo el caso de la citada sentencia, en un total de 161 miembros (número impar), en estricto sentido, la mitad es 80,5 (número con decimal). Para determinar cómo se calcula el porcentaje de la mayoría, esta Corporación ha precisado que basta con aproximar la mitad aritmética al siguiente número entero. En este caso, basta con aproximar 80,5 a 81. De acuerdo con la sentencia C-784 de 2014, lo relevante para constatar el porcentaje de la mayoría es que esta agrupe más de la mitad de los votos. En consecuencia, cuando la mitad aritmética es un número con decimal, la mayoría la constituye el número entero superior. Así, si la mitad es 80,5, la mayoría absoluta respecto de 161 integrantes de la corporación, se obtiene con 81 votos, que son más de la mitad de los votos. Al respecto es pertinente retomar lo expuesto por esta Corporación en la sentencia C-784 de 2014:*

*“Concebir la mayoría absoluta como la mitad más uno de los miembros tiene ante todo un problema de inconsistencia. Si por ejemplo la célula tiene –como en este caso la Comisión Primera de Senado– 19 miembros, la mitad más uno de esa cifra es 10.5. Dado que no es posible entre personas llegar de forma exacta a esa cifra (sin excesos ni defectos), pues cada integrante tiene un voto, la pregunta es entonces qué debe hacerse: ¿una aproximación por exceso –hacia 11– o por defecto –hacia 10– El Procurador propone hacer una aproximación hacia arriba, para que la mayoría absoluta la conformen 11 Senadores, pues si se pudiera hacer una aproximación por defecto se obtendría mayoría absoluta con menos de la mitad más uno. No obstante, lo cierto es que incluso una aproximación hacia arriba incumple la definición de la cual parte el Procurador, pues en ese caso la mayoría absoluta no sería en sentido estricto la mitad más uno, sino más de la mitad más uno (la mitad más uno y medio). Habría entonces una definición poco consistente, ya que en unos casos –de asambleas pares– la mayoría absoluta se definiría como el apoyo por un número igual o superior a la mitad más uno, mientras que en otros –de conformación impar– la misma mayoría tendría que definirse como más de la mitad más uno (más uno y medio). La definición de la cual se parte para conceptualizar la mayoría absoluta no puede ser distinta según si es par o impar el número de asambleístas”.*

*Así pues, frente a un total de 161 votos, el respaldo obtenido por 81 votos, nunca será superado por la oposición, que como máximo será de 80 votos. En ese sentido, no se requiere sumar un voto a la cifra de la mitad de los integrantes, pues la aproximación al número entero superior es suficiente para evidenciar que la opción que obtuvo tal mayoría, contó más respaldo que cualquier otra opción.*

*Entonces, aunque la definición genérica del porcentaje de mayoría se expone como la mitad más uno de los votos, en el caso de las asambleas impares, solo será necesario aproximar la mitad del número con decimal, al número entero siguiente para determinar cuál es el porcentaje de mayoría. Esto, sin perjuicio de lo que disponga el Legislador en una norma concreta, respecto a la forma de contabilizar la mayoría absoluta.*

Como puede apreciarse, las dos sentencias parcialmente transcritas constituyen a no dudar precedentes judiciales, pues como se explicó se trata de fallos de constitucionalidad y de unificación jurisprudencial proferidos por la Corte Constitucional, circunstancia que impone un deber de observancia para las autoridades en virtud de su sujeción a los principios, valores y derechos constitucionales.

De tales sentencias se extrae la regla de que en tratándose de corporaciones con un número impar de integrantes, la mayoría absoluta será el número entero superior a la mitad y por ende no se requiere sumar un voto a la cifra que constituye la mitad de los integrantes, pues la aproximación al número entero superior es suficiente para evidenciar que la opción que obtuvo tal mayoría contó con más respaldo que cualquier otra.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

1. *¿La aplicación de la figura de la sanción prevista en el artículo 134 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 02 de 2015, a algunos congresistas, consistente en que sus curules no pueden ser reemplazadas, la reducción de los integrantes de las cámaras y sus comisiones que integran el Congreso de la República reduce el quórum decisorio para la aprobación de las normas competencia de este?*
2. *¿El inciso 3° del artículo 134 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 02 de 2015, debe interpretarse en el sentido de que reduce el quórum decisorio en las respectivas cámaras y sus comisiones?*

Debido a su unidad temática se responderán conjuntamente las preguntas 1 y 2.

La Sala se permite precisar que cuando se aplique la sanción consagrada en el artículo 134 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015 (situación conocida como la “silla vacía”) se genera forzosamente la reducción del número de integrantes de la respectiva Comisión, o Corporación (Senado o Cámara) o Congreso en pleno, según el caso.

Por lo tanto, la determinación del quórum y las mayorías debe establecerse con base en el número total de integrantes de la respectiva Corporación fijado en la Constitución, cifra a la que deben restarse las curules que no pueden ser reemplazadas, tal como lo señala el inciso 3° del Artículo 134 de la Constitución Política. En otras palabras, para efectos de conformación del quórum y mayorías se toma en cuenta el número de miembros que efectivamente integran el cuerpo colegiado como efecto del cumplimiento de la norma constitucional que da lugar a la “silla vacía”.

Así las cosas, en el caso de que las curules no puedan ser reemplazadas debido a que contra sus titulares se ha expedido orden de captura o han sido condenados por: i) delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados

ilegales, ii) por actividades de narcotráfico, iii) por delitos dolosos contra la administración pública, iv) por delitos contra los mecanismos de participación democrática o v) por delitos de Lesa Humanidad, se reduce –en tanto número absoluto- el quórum decisorio de las cámaras y sus respectivas comisiones.

En consecuencia, para el caso concreto de la consulta y debido a la denominada “*silla vacía*” que afecta a 3 senadores, bajó el número de senadores de 102 a 99, de manera que el Senado de la República quedó integrado por 99 senadores, y este es el número que determina el quórum decisorio y la mayoría absoluta requerida.

3. *¿Cómo debe ser interpretada la expresión “mayoría absoluta” prevista tanto en el literal g) del artículo transitorio contenido en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2016 como en el numeral 2 del artículo 117 de la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, si como la mitad aritmética más uno o como la concurrencia de la mayoría de votos de integrantes exactamente?”*

La mayoría absoluta es el número entero inmediatamente superior a la mitad de los votos de los integrantes de la respectiva corporación. Así las cosas, para el caso concreto de la consulta, la mayoría absoluta de 99 es 50.

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala (E). Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

---

### III. ASUNTOS ELECTORALES

---



## 1. Participación de servidores públicos en las actividades académicas y profesionales de los partidos y movimientos políticos

### Radicado 2134

Fecha: 14/02/2013

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 27 de febrero de 2017

El señor Ministro del Interior, a solicitud del Partido Liberal Colombiano, consulta sobre viabilidad jurídica para que los servidores públicos participen en las actividades académicas y profesionales que programen los partidos y movimientos políticos.

### I. Antecedentes

El señor Ministro, luego de citar el artículo 127 de la Constitución Política, el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y las sentencias de la Corte Constitucional T-438 de 1992, C-454 de 1993 y C-1153 de 2005, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

*“1. Dentro de la prohibición constitucional y legal a los servidores públicos de tomar parte en las actividades programadas por los partidos políticos, ¿se encuentra contemplada la de asistir a seminarios o conferencias con fines académicos o profesionales?”*

*2. ¿Cuáles son los límites de la participación en las actividades de los partidos políticos?”*

*3. ¿A la luz del artículo 127 constitucional, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 2 de 2004, la prohibición a los servidores públicos es para asistir a cualquier actividad organizada por los partidos o movimientos políticos?”*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para efectos de dar respuesta a los interrogantes formulados por el señor Ministro, la Sala considera necesario ocuparse de los siguientes puntos: i) aproximación al concepto de los partidos políticos, sus funciones y actividades en el caso colombiano y ii) la participación de los servidores públicos en las actividades de los partidos y en controversias políticas.

#### A. Aproximación al concepto de los partidos políticos, sus funciones y actividades en el caso colombiano

En los regímenes democráticos los partidos son agentes de expresión de los ideales y propuestas de los ciudadanos dentro del complejo marco social.

Autores como Wolfgang C. Müller<sup>90</sup> sostienen que en las democracias modernas los partidos políticos son el mecanismo central para poner en práctica la cadena constitucional de delegación política y de rendición de cuentas; de allí que por ejemplo en Colombia, los partidos tienen la función de inscribir candidatos en representación de

90 Political parties in parliamentary democracies: making delegation and accountability work. En: European Journal of Political Research. Vol. 37.

sus electores y las corporaciones públicas de elección popular a través de sus bancadas, ejercen, a nombre de la ciudadanía, el control político sobre los actos y decisiones del ejecutivo.

Para Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, *“En la noción de partido entran todas aquellas organizaciones de la sociedad civil que surgen en el momento en que se reconoce, teórica o prácticamente al pueblo el derecho de participar en la gestión del poder político y que con este fin se organizan y actúan”*<sup>91</sup>.

Las anteriores definiciones denotan las características esenciales para que una organización social determinada y en particulares circunstancias pueda ser considerada como partido político. Dichas notas esenciales, según Joseph Palalombara y Miron Weiner son las siguientes:<sup>92</sup>

- Una organización interna durable.
- Una organización local.
- La presencia de una voluntad expresa de acceder al poder.
- Un deseo y preocupación de lograr apoyo, a través de las elecciones o de cualquier otra manera.

Aunque nuestra Constitución se refiere a los partidos y movimientos políticos en los artículos 40 numeral 3, 107, 108, 109, 110, 111 y 112, no los definió conceptualmente.

Es la Ley 130 de 1994 o Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos la que los conceptualiza, así:

**“Artículo 2. Definición.** *Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la nación.*

*Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones.*

*Los partidos y movimientos políticos constituidos con el lleno de todos los requisitos constitucionales y legales tendrán personería jurídica.”*

91 Bobbio Norberto, Matteucci Nicola. Diccionario de Política. Siglo XXI Editores.

92 En Solano Bárcenas Orlando. Tratado de Ingeniería Electoral Editorial Leyer.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-089 de 1994, al efectuar la revisión previa del proyecto de ley estatutaria 11/92 de la Cámara y 348/93<sup>93</sup> del Senado, dice:

*“El artículo 2° introduce una definición de partido y de movimiento político y señala que, si reúnen los requisitos constitucionales y legales, gozarán de personería jurídica. La Constitución se abstiene de definir estas dos formaciones políticas, aunque se refiere a ellas y les asigna consecuencias normativas que las distinguen de otras - reconocimiento de personería jurídica, derecho de postulación de candidatos, derecho a la financiación estatal, acceso a los medios de comunicación, los derechos de la oposición (...)*

*1.7 En la realidad política los partidos surgen como organizaciones cuya mediación entre los ciudadanos y el poder político contribuye a consolidar y actualizar la democracia. Gracias a la legislación electoral y a la acción de los partidos, se logra periódicamente encauzar y dar cuerpo a la voluntad del pueblo. Las funciones de los partidos, dejando de lado desviaciones y patologías que desvirtúan su objeto, suelen describirse, así: (1) movilizar a los ciudadanos con miras a su integración en el proceso político y a la reducción de la abstención electoral de modo que el sistema en su conjunto pueda aspirar a conservar su legitimidad y respetar el primado del principio mayoritario; (2) convertir las orientaciones, actitudes y demandas de la población, expresas o latentes, en programas permanentes o coyunturales de acción política que se presentan como alternativas para ser incorporadas formalmente por las instancias públicas o que se destinan a alimentar la oposición frente al poder establecido; (3) contribuir a la formación de una cultura política y al ejercicio responsable del sufragio, mediante la información al público relativa a los asuntos que revisten mayor trascendencia social; (4) ofrecer a los electores las listas de personas entre las que pueden elegir a las personas llamadas a integrar y renovar los órganos estatales; (5) garantizar a los electores que en proporción a sus resultados electorales y dependiendo de estos, su capacidad organizativa podrá realizar los programas y propuestas presentadas.*

*1.8 En estricto rigor la definición de partido que consagra el artículo 2° recoge, en lo esencial, las funciones sumariamente descritas, como quiera que la anterior relación de funciones, equivale a postular que en aquel se refleja el pluralismo político y, por su conducto, se promueve y encauza la participación de los ciudadanos y la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas.*

*Con la constitucionalización de los partidos se pretende, entonces, establecer reglas de juego que permitan mejorar las condiciones de competencia pluralista, fundamento del sistema democrático, y con ello develar y controlar una actividad en la que se determina lo esencial del poder político y de la función pública”.*

93 Se refiere al proyecto de ley que a la postre originó la Ley 130 de 1994.

No obstante la diferenciación existente entre los conceptos de partido y movimiento político, el desarrollo legal de sus derechos, obligaciones y prerrogativas los identifican, hasta el punto que se puede decir que para efectos prácticos se asimilan en su funcionamiento. En efecto, las reglas que regulan su reconocimiento como personas jurídicas, la postulación de candidatos, los derechos de financiación, su extinción y acceso a los medios de comunicación, tienen características similares.

Anota la Sala, que la Carta Política de 1991 adopta la soberanía popular en lugar de la soberanía nacional, y con ello la democracia participativa algunas veces directa, sin abolir la representativa. Bien lo anota la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011, mediante la cual se revisó el proyecto de ley estatutaria 190/10 Senado – 092/10 Cámara “*por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones*”<sup>94</sup>:

*“La democracia participativa y pluralista otorga identidad al actual modelo constitucional. En contraposición con la Constitución de 1886, que basada en el concepto demoliberal clásico, circunscribía el ejercicio de la actividad política de los ciudadanos al sufragio universal y libre, la democracia constitucional contemporánea prevé un cambio cualitativo sobre este tópico, el cual (i) amplía las modalidades de participación democrática en instancias que van más allá que la elección representativa; y (ii) supera la concepción individualista, a través de la previsión de fórmulas que reconocen el pluralismo político, entendido como la necesidad de incorporar al debate democrático las diferentes tendencias ideológicas existentes en la sociedad, al igual que las distintas vertientes de identidad social y comunitaria, entre ellas las derivadas de perspectivas de género, minorías étnicas, juventudes, etc...”*

Este cambio en la concepción de la democracia, comporta a su vez una variación en el marco funcional de los partidos y movimientos políticos. La Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, explica esta transición:

*“4. Los partidos, al igual que los movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos, son modalidades constitucionalmente reconocidas de representación democrática, resultan profundamente influenciados por este cambio cualitativo. Bajo el modelo anterior, la función de las agrupaciones políticas era de simple intermediación entre los electores y los cargos y corporaciones públicas. Ahora, en vigencia de la democracia participativa y pluralista, estas agrupaciones redefinen su función, con el fin de tornarse compatibles con la nueva concepción de democracia antes señalada. (...)*

*De acuerdo con el mismo precedente, el papel de los partidos y movimientos políticos encuentra carácter complejo, puesto que de un lado, tienen una función instrumental, esto es, expresan los intereses y exigencias de inserción en la agenda pública de determinados grupos sociales, faceta que los inserta decididamente en el ámbito de la representación política. Por ende, los partidos “han encontrado su razón de ser fundamental y su papel irremplazable en el desempeño del gobierno representativo y que responde. (...) Los*

94 Corresponde a la Ley 1475 de 2011.

*partidos se convirtieron en medios de expresión a lo largo del proceso de democratización de la política. Al mismo tiempo, el gobierno responsable pasó a ser un gobierno “que responde” precisamente porque los partidos brindaron los conductos para articular, comunicar y ejecutar las exigencias de los gobernados”. De otro lado, los partidos y movimientos políticos cumplen el papel de canalizar la voluntad pública, de forma que inciden inclusive en el contenido concreto de la pluralidad de intenciones, usualmente contradictorias y yuxtapuestas, de los ciudadanos. Esta función sustenta, a juicio de la Corte, el vínculo necesario entre el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos y la vigencia del principio democrático participativo, en especial su faceta pluralista. En efecto, ante la complejidad propia de la sociedad contemporánea y el carácter institucionalizado de los mecanismos de participación ciudadana, se hace imprescindible contar con instancias que aglutinen a los ciudadanos alrededor de posturas políticas identificables, variadas y con vocación de permanencia, mediante programas discernibles acerca de la administración de lo público que ofrezcan alternativas en el ejercicio del poder y formas que permitan el ingreso efectivo de la ciudadanía, a través de la participación política, en la definición de la agenda estatal.*

*La identificación de los distintos planos en que se expresa la actividad de los partidos y movimientos políticos ha sido una constante en la jurisprudencia constitucional. Así, en la sentencia C-089/94, que adelantó el estudio de constitucionalidad de ley estatutaria sobre dicha materia, se expuso cómo “[e]n la realidad política los partidos surgen como organizaciones cuya mediación entre los ciudadanos y el poder político contribuye a consolidar y actualizar la democracia. Gracias a la legislación electoral y a la acción de los partidos, se logra periódicamente encauzar y dar cuerpo a la voluntad del pueblo. Las funciones de los partidos, dejando de lado desviaciones y patologías que desvirtúan su objeto, suelen describirse, así: (1) movilizar a los ciudadanos con miras a su integración en el proceso político y a la reducción de la abstención electoral de modo que el sistema en su conjunto pueda aspirar a conservar su legitimidad y respetar el primado del principio mayoritario; (2) convertir las orientaciones, actitudes y demandas de la población, expresas o latentes, en programas permanentes o coyunturales de acción política que se presentan como alternativas para ser incorporadas formalmente por las instancias públicas o que se destinan a alimentar la oposición frente al poder establecido; (3) contribuir a la formación de una cultura política y al ejercicio responsable del sufragio, mediante la información al público relativa a los asuntos que revisten mayor trascendencia social; (4) ofrecer a los electores las listas de personas entre las que pueden elegir a las personas llamadas a integrar y renovar los órganos estatales; (5) garantizar a los electores que en proporción a sus resultados electorales y dependiendo de estos, su capacidad organizativa podrá realizar los programas y propuestas presentadas”.*

Lo hasta aquí expuesto, lleva a la Sala a concluir que los partidos políticos tienen a su cargo una multiplicidad de actividades que les son propias, y que van más allá de la inscripción de candidatos y la realización de campañas políticas con miras a obtener el poder político.

Se puede entonces identificar actividades adicionales tales como difundir ideas y programas, generar opinión acerca de problemáticas de interés general, informar e

informarse sobre el acontecer social, económico y político, instruir a sus adeptos y militantes acerca de sus programas y plataformas ideológicas, publicitar sus logros y ejecutorias, formar cultura política y ciudadana, incentivar el pensamiento crítico, efectuar control político a las autoridades, etc.

## **B. La participación de los servidores públicos en las actividades de los partidos y en controversias políticas**

El artículo 127 de la Constitución, con las modificaciones del Acto Legislativo 2 de 2004, establece:

*“ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.*

*A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.*

*Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.*

*La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.*

*Cuando el Presidente y el Vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, solo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción. En todo caso dicha participación solo podrá darse desde los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la primera vuelta de la elección presidencial, y se extenderá hasta la fecha de la segunda vuelta en caso de que la hubiere. La Ley Estatutaria establecerá los términos y condiciones en los cuales, antes de ese lapso, el Presidente o el Vicepresidente podrán participar en los mecanismos democráticos de selección de los candidatos de los partidos o movimientos políticos.*

*Durante la campaña, el Presidente y el Vicepresidente de la República no podrán utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Se exceptúan los destinados al cumplimiento de las funciones propias de sus cargos y a su protección personal, en los términos que señale la Ley Estatutaria”.*

Como se aprecia, el inciso 2° contempla una prohibición absoluta dirigida a los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en general en controversias políticas, salvo el ejercicio del derecho al sufragio.

Por su parte, los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo tienen las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución, que les impide ejercer el sufragio, e intervenir en actividades y debates de los partidos y movimientos políticos.

El inciso tercero autoriza la participación de empleados del Estado, distintos a los antes mencionados, en las actividades de los partidos o movimientos políticos, pero sujetando el ejercicio de tal actividad a las condiciones que señale una ley estatutaria. Pues bien, la Ley 996 de 2005 que regula lo atinente a la participación en política de los servidores públicos, dispuso en su título III lo siguiente:

### “TÍTULO III

#### PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

*ARTÍCULO 37. Declarado INEXEQUIBLE.*

*ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:*

- 1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.*
- 2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.*
- 3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.*
- 4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.*
- 5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.*

*La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.*

*PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.*

*Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.*

*No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.*

*La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.*

**ARTÍCULO 39. SE PERMITE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** Los servidores públicos, en su respectiva jurisdicción, podrán:

1. Declarado INEXEQUIBLE.
2. Inscribirse como miembros de sus partidos.
3. Declarado INEXEQUIBLE.
4. Declarado INEXEQUIBLE.

**ARTÍCULO 40. SANCIONES.** Incumplir con las disposiciones consagradas en este capítulo, será sancionable gradualmente de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 y según la gravedad del hecho.

**ARTÍCULO 41. ACTIVIDAD POLÍTICA DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS.** No se aplicará a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, las limitaciones contenidas en las disposiciones de este título”.

Un primer artículo de importancia es el que correspondía al 37, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005.

El texto de artículo 37, tal como fue aprobado por el Congreso de la República, decía:

*“Artículo 37. Intervención en política de los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, los demás servidores públicos autorizados por la Constitución podrán participar en las actividades de los partidos o movimientos políticos, movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos, sin ostentar en ellos representación alguna*

*en sus órganos de gobierno o administración, ni dignidad en los mismos o vocería, según los términos establecidos por la presente ley. No podrán recibir remuneración alguna por el desarrollo de sus actividades políticas, mientras se desempeñen como servidores del Estado.*

*Parágrafo. Quedan exceptuados de las limitaciones establecidas en el presente artículo, los Congresistas, Diputados, Concejales y Ediles, así como los funcionarios de las respectivas corporaciones, en los términos y de conformidad con la legislación que los rige”.*

Para declarar la inexequibilidad anotada, la Corte consideró:

*“Si bien el artículo 127 constitucional prevé la participación en política de los funcionarios públicos, y el inciso 1º del artículo indica que existe una prohibición general para tal participación y que de permitirse la actuación de los funcionarios estará subordinada a la ley estatutaria, la Sala encuentra que el artículo 37 no es claro ni específico en la determinación de las condiciones de participación.*

*La falta de determinación hace insuficiente la regulación, puesto que no fija límites a una actuación que si bien permitida por la Carta lo es en forma excepcional y no como regla general. Tal apertura de la disposición deriva en la posibilidad de que la participación en política termine yendo en detrimento del desarrollo de la función pública en virtud del olvido de las tareas encomendadas en la ley a los funcionarios en razón de la dedicación a las actividades políticas.*

*El proyecto de ley estatutaria debió fijar las condiciones para que los servidores públicos diferentes al Presidente pudieran participar en política. Lo anterior con el fin de promover el equilibrio entre los candidatos, velar porque el ejercicio de la actividad política no opacara el desarrollo de las funciones públicas al servicio del interés general y evitar abusos en cabeza de quienes ostentan cargos públicos. La indeterminación de la manera en que, en el artículo 37, se pretendió desarrollar la regulación necesaria para el ejercicio de la actividad política permite toda forma de participación en tal área a favor o en contra de cualquier candidato. Lo anterior, no importando la capacidad de aprovechar la situación de poder del funcionario, por ejemplo, como ministro, director de entidad, alcalde o gobernador. Esta amplitud, se repite, contraría la Carta”.*

Otro artículo de particular interés para absolver la consulta, es el 39 cuya redacción, antes de la mencionada sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexecutable los numerales 1, 3 y 4, y la expresión “o militantes” del numeral 2, era:

*“Artículo 39. Se permite a los servidores públicos. Los servidores públicos, en su respectiva jurisdicción, podrán:*

- 1. Participar en simposios, conferencias, foros, congresos que organicen sus partidos.*
- 2. Inscribirse como miembros o militantes de sus partidos.*

3. *Formar parte como miembros permanentes de la organización de base de los centros de estudio o academias de formación de los partidos, sin ostentar cargo de dirección o dignidad en la respectiva organización.*
4. *Contribuir a los fondos de sus partidos, movimientos y/o candidatos, pero en ningún caso podrán autorizar libranzas a cargo de su remuneración como servidores públicos”.*

En este punto, la sentencia C-1153 de 2005 señala:

*“En primer lugar, la Corte no encuentra objeción alguna al hecho de que se permita la inscripción como miembro de partido al servidor público que participa en política, pues la inscripción a un partido es una de las formas mínimas o básicas del ejercicio de los derechos políticos de todo ciudadano y no implica, propiamente, una intervención en política de los funcionarios públicos. No obstante, no sucede igual con la expresión “o militantes” contenida en el numeral segundo del artículo 39, puesto que la posibilidad de participar activamente en una campaña electoral, implicada en la acción de militar, es demasiado amplia e indeterminada, más aún cuando no se prevé bajo qué circunstancias de modo, tiempo y lugar puede darse tal militancia.*

*Padecen de la misma vaguedad los numerales primero, tercero y cuarto. En efecto, no se define de qué manera, durante cuánto tiempo y en qué espacios físicos el funcionario público que intervenga en política podrá participar en simposios, conferencias, foros y congresos organizados por el partido; tampoco se definen tales circunstancias para la participación como miembros permanentes de la organización de base de los centros de estudios o academias del partido. (...)*

*La inexequibilidad de los apartes indicados se refuerza aún más teniendo en cuenta la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 37 que preveía, en términos generales, la participación en política de los funcionarios públicos”.*

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial, se tiene que los empleados del Estado a los que el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución les permite la participación en actividades de los partidos y movimientos y en controversias políticas, deberán sujetarse a lo que una ley estatutaria de manera precisa y concreta regule; mientras tanto, existe una prohibición general que se los impide.

En este punto la Procuraduría General de la Nación ha sostenido: *“Como se desprende del texto subrayado, si bien la reforma constitucional levantó la prohibición absoluta a determinados servidores públicos para tomar parte en actividades partidistas, supeditó su actuación a la previa expedición de una **Ley Estatutaria**, bajo el entendido que se trata de una **permisión excepcional y no una regla general**”<sup>95</sup>.*

Así las cosas, para esta Sala, la participación en simposios, conferencias, foros y congresos que organicen los partidos y movimientos políticos, dada la inexequibilidad

95 Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria. Decisión del 25 de mayo de 2010. Radicación IUS 2010- 75976 (161 4718).

declarada por la Corte, sigue enmarcada dentro de la prohibición de participar en las actividades de las agrupaciones políticas.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

1. *Dentro de la prohibición constitucional y legal a los servidores públicos de tomar parte en las actividades programadas por los partidos políticos, ¿se encuentra contemplada la de asistir a seminarios o conferencias con fines académicos o profesionales?*
2. *¿Cuáles son los límites de la participación en las actividades de los partidos políticos?*
3. *¿A la luz del artículo 127 constitucional, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 2 de 2004, la prohibición a los servidores públicos es para asistir a cualquier actividad organizada por los partidos o movimientos políticos?*

Debido a su unidad temática, la Sala responde las preguntas 1, 2 y 3.

Los empleados del Estado no pueden participar en las actividades de los partidos políticos, cualquiera que sea. No obstante, todos aquellos que no presten sus servicios en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control, de seguridad o la Fuerza Pública, podrán hacerlo en las condiciones que se determinen en una ley estatutaria, la cual no ha sido expedida luego de que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005 declarara inexecutable los artículos pertinentes de la que a la postre fue la Ley 996 de 2005.

Precisamente de acuerdo con la sentencia antes anotada, los seminarios o conferencias organizadas por los partidos y movimientos políticos, aún los de carácter académico o profesional, hacen parte de las variadas actividades de tales agrupaciones, razón por la cual a los empleados y funcionarios que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido asistir y participar en ellas. Esta prohibición se extiende a los miembros de la Fuerza Pública, en aplicación del artículo 219 de la C. P.

No obstante, los demás empleados podrán hacerlo siempre y cuando una ley estatutaria específicamente se los permita.

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** William Zambrano Cetina, Presidente de la Sala. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. Augusto Hernández Becerra, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

**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**

Fecha: 17/07/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 31 de agosto de 2017

El Ministro del Interior formula a la Sala una consulta relacionada con el Congreso de la República, que se refiere a la instalación de la Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, la cual fue creada por la Ley 1833 del 4 de mayo de 2017. Lo hace a solicitud de once (11) Congresistas que plantean la existencia de una *“dicotomía para la aplicación de la mencionada ley”*.

### **I. Antecedentes**

El Ministro del Interior cita como antecedentes de la consulta varias normas de la Ley 1833 de 2017, y destaca algunos apartes, así:

**“1.** El artículo 2° de la Ley 1833, reemplazó el artículo 55 de la Ley 5ª de 1992, el cual dispone lo siguiente:

*“Artículo 55. Integración, denominación y funcionamiento. Además de las Comisiones Legales señaladas para cada una de las Cámaras con competencias diferentes a estas, **corresponderá integrar aplicando el sistema del cociente electoral y para el periodo constitucional la Comisión de Derechos Humanos y Audiencias, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, la Comisión de Acreditación Documental, la Comisión para la Equidad de la Mujer, la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia y la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana**”* (negrita ajena al original).

**2.** El artículo 7 ibídem, establece que:

*“Artículo 7°. Mesa Directiva. La Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana estará conformada por una presidencia y una vicepresidencia **elegidas por mayoría simple al inicio de cada legislatura**, en la que estarán representados los Congresistas afrocolombianos del Senado y la Cámara de Representantes”* (negrita ajena al original).

**3.** El artículo 12 ibídem, determina que:

*“Artículo 12. Vigencia. La presente ley **rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias**”.*

Luego, el Ministro consultante manifiesta:

*“De acuerdo a lo relatado se evidencia una incongruencia entre lo señalado en los artículos 2° y 7°, pues determinan situaciones diferentes para la instalación de la mesa directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana”.*

Con base en lo expuesto, el Ministro del Interior formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿El Congreso de la República debe instalar la mesa directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana el próximo 20 de julio de 2017, fecha en la cual se inicia la legislatura 2018 – 2019 (sic, es 2017 – 2018), aplicando el principio consagrado en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887?*
2. *¿El Congreso de la República debe instalar la mesa directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana instalar (sic) el 20 de julio de 2018, fecha en la cual inicia un nuevo período constitucional?*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro del Interior, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) La Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, creada por la Ley 1833 de 2017; ii) El análisis de los artículos 2° y 7° de la Ley 1833 de 2017 y presunta incongruencia entre estas dos normas.

#### **A. La Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, creada por la Ley 1833 de 2017**

La Constitución Política de 1991 en el artículo 142 estableció la existencia de Comisiones Constitucionales Permanentes en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, las cuales son elegidas por cada corporación para el respectivo período constitucional, con la finalidad de tramitar en primer debate los proyectos de acto legislativo o de ley.

Además de tales comisiones, existen otras en el Congreso, que menciona el artículo 53 de la Ley Orgánica 5ª de 1992, *“Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”*<sup>96</sup>. Dice así esta norma:

<sup>96</sup> Las leyes orgánicas se encuentran contempladas en el artículo 151 de la Constitución, el cual establece las materias objeto de las mismas y el requisito de aprobación por la mayoría absoluta de los votos de los miembros del Senado y de la Cámara de Representantes. Esta norma consagra:

*“Artículo 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara”.* (Subraya la Sala).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-432 de 2000 citó una sentencia anterior para destacar la jerarquía de las leyes orgánicas: *“En la sentencia C-337 de 1993, la Corte estudió el concepto de ley orgánica. Señaló que si bien no es exactamente una norma constitucional, si es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes, cuando se refieren al mismo contenido material. En lo pertinente, señaló esta sentencia:*

**“Artículo 53. Clases.** Durante el período constitucional funcionarán, en cada una de las Cámaras, las Comisiones Constitucionales Permanentes, las Comisiones Legales, las Comisiones Especiales y las Comisiones Accidentales”.

Las Comisiones Legales se encuentran enumeradas en el artículo 55 de la Ley 5ª de 1992, el cual fue modificado por la Ley 1833 de 2017 para incluir la nueva comisión creada por esta misma ley.

En efecto, la Ley 1833 del 4 de mayo de 2017, *“Por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley 5ª de 1992, se crea la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana del Congreso de la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”*, dispuso la creación de dicha Comisión en el artículo 1º, en los siguientes términos:

**“Artículo 1º. Objeto.** La presente ley tiene por objeto crear la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, con el fin de asegurar la protección de los derechos colectivos e individuales en el mejoramiento de sus condiciones y calidad de vida a partir de la gestión legislativa, institucional, organizativa, y el control político que realicen los Congresistas afrocolombianos a través de esta Comisión Legal” (Negrillas de la Sala).

El Proyecto de Ley No.12 de 2015 Senado, de iniciativa parlamentaria, que se convirtió en la Ley 1833 de 2017, mencionó en la exposición de motivos, como antecedente de esta Comisión, la Resolución No. 1608 del 20 de junio de 2011 de la Cámara de Representantes, mediante la cual se creó la Comisión Accidental para la Protección de los Derechos de la Población Afrocolombiana integrada por diez (10) Congresistas: dos (2) Senadores y ocho (8) Representantes a la Cámara<sup>97</sup>.

La mencionada exposición de motivos señala lo siguiente:

*“Conforme lo estipula el artículo 151 de la Constitución Política de Colombia los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, están reservados al trámite particular de Ley Orgánica. Este tipo de leyes requieren para su aprobación el que se verifique la materia orgánica de que tratará y la mayoría absoluta de votos de los miembros de una y otra Cámara.*

*El proyecto de ley que crea la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de la Población Afrocolombiana, tiene como finalidad:*

---

*“Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que estas deben ajustarse a lo que organiza aquella. Pero, propiamente hablando, la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el Estatuto Fundamental. La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica si aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo establecido por las leyes orgánicas (art. 151)”. (sentencia C-337 de 1993, M. P., doctor Vladimiro Naranjo Mesa).*

*(...) La consecuencia del rango especial de esta clase de leyes, se refleja en que pueden condicionar la expedición de otras leyes al cumplimiento de sus procedimientos y principios”. (Subrayado de la Corte).*

97 Gaceta del Congreso 525 del 24 de julio de 2015, p. 22.

a) *Modificar y adicionar el Reglamento del Congreso de la República, Ley 5ª de 1992, creando una nueva Comisión de carácter legal bajo unos parámetros específicos de funcionamiento;*

b) *Establecer disposiciones adicionales que le permitan la materialización de sus funciones y la dinámica de trabajo requerida para cumplir con los propósitos de la comisión.*

*Con relación a la primera finalidad, es clara la necesidad de adaptar la estructura administrativa del Congreso adicionando unos artículos que creen y definan la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de la Población Afrocolombiana, situación que implica que debe seguirse el trámite de ley orgánica para los artículos que así lo determinan.*

*En el segundo caso, se tiene que las disposiciones que desarrollan la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de la Población Afrocolombiana no son de reserva de ley orgánica pues no corresponden a las materias específicas definidas en la Constitución y por tanto hacen parte de la facultad ordinaria del legislador. Por lo anterior, para los artículos del proyecto de ley que tienen esta connotación, se deberá verificar trámite ordinario de ley”<sup>98</sup>.*

Más adelante dicha exposición precisa lo siguiente:

*“(…) debe tenerse presente que no existe restricción para que en un mismo proyecto de ley se incluyan algunos artículos de trámite orgánico y otros de trámite ordinario, siempre y cuando se dé seguimiento a lo dispuesto en Sentencias como la C-540 de 2001 (...)”<sup>99</sup>.*

Sin embargo, se debe anotar que desde el primer debate en la Comisión Primera del Senado se le dio al proyecto el trámite de ley orgánica, ya que el “Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley Número 12 de 2015 Senado”, señaló lo siguiente:

#### **“VI. Reserva de ley orgánica**

*El presente proyecto de ley propone la modificación de la Ley Orgánica 5ª de 1992, “por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes” con el propósito de crear una nueva Comisión Legal, razón por la cual el mismo debe surtir el trámite correspondiente a las leyes orgánicas, según lo dispuesto en el artículo 151 superior: (Cita la norma y luego apartes de la Sentencia C-289 de 2014 de la Corte Constitucional sobre esta clase de leyes)”<sup>100</sup> (Resalta la Sala).*

Precisamente, se observa que cuando el proyecto se tramitó en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, se tituló “Proyecto de Ley Orgánica Número 120 de 2016 Cámara, 12 de 2015 Senado”<sup>101</sup>. En consecuencia, la Ley 1833 de 2017 tiene el carácter de Ley Orgánica y, por ende, sus artículos constituyen normas orgánicas, de manera que

98 Gaceta del Congreso citada, p. 23.

99 Gaceta del Congreso citada, p. 23.

100 Gaceta del Congreso 600, del 18 de agosto de 2015, p. 5.

101 Gaceta del Congreso 992 del 11 de noviembre de 2016, p. 7.

se puede hacer el análisis y confrontación de los artículos 2º y 7º, objeto de la consulta, partiendo de la base de que tienen la misma jerarquía legal. Conviene citar algunas de las normas de la Ley 1833 de 2017 que tipifican la mencionada Comisión Legal.

El artículo 2º de la Ley 1833 modificó el artículo 55 de la Ley 5ª de 1992, referente a las comisiones legales del Congreso, en la siguiente forma:

**“Artículo 2º.** Adiciónese el artículo 55 de la Ley 5ª de 1992, el cual quedará así: **‘Artículo 55. Integración, denominación y funcionamiento.** Además de las Comisiones Legales señaladas para cada una de las Cámaras con competencias diferentes a estas, **corresponderá integrar aplicando el sistema del cociente electoral y para el periodo constitucional** la Comisión de Derechos Humanos y Audiencias, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, la Comisión de Acreditación Documental, la Comisión para la Equidad de la Mujer, la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia y **la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana”** (Negrillas de la Sala).

Como se advierte, esta norma añadió la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, a la enumeración de las Comisiones Legales del Congreso, las cuales se deben integrar aplicando el sistema del cociente electoral<sup>102</sup> y “para el periodo constitucional”, conforme decía la norma anterior. El artículo 4º de la Ley 1833 de 2017 estableció la forma como estará integrada la Comisión. Dice así:

**“Artículo 4º.** Adiciónese a la Sección Segunda del Capítulo IV del Título II de la Ley 5ª de 1992 un artículo nuevo del siguiente tenor: **‘Artículo 61F. Composición.** La Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana estará integrada por los representantes a la Cámara por Circunscripción Especial de Comunidades Negras y por aquellos congresistas que por sus afinidades quieran pertenecer a la misma; que manifiesten su intención de hacer parte de la misma y su compromiso en la defensa de los derechos e intereses de esta población.

**Parágrafo 1º.** Los miembros de la Comisión para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana **serán elegidos al inicio de su primera legislatura, dentro del mismo cuatrienio constitucional”** (Negrillas de la Sala)

En relación con las funciones que debe cumplir esta Comisión, el artículo 5º de la Ley 1833 las enumera así:

**“Artículo 5º.** Adiciónese a la Sección Segunda del Capítulo IV del Título II de la Ley 5ª de 1992 un artículo nuevo del siguiente tenor:

102 El artículo 263 original de la Constitución de 1991 se refería al sistema de cociente electoral en los siguientes términos: **“Artículo 263.** Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema de cociente electoral. El cociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de veces que el cociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer, se adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente”.

**‘Artículo 61G. Funciones.** *La Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, negra, tendrá las siguientes funciones:*

1. *Elaborar y presentar propuestas legislativas que garanticen los derechos generales y especiales de las comunidades negras o población afrocolombiana, acorde a la Constitución Política y a los tratados internacionales que reconocen a los pueblos afrocolombianos su especial protección.*
2. *Ejercer control político sobre el Gobierno nacional, sin perjuicio del control político que puede ejercer cualquier congresista en todo lo relacionado con la atención a las comunidades negras o población afrocolombiana, especialmente en el ámbito de la política diferencial y la acción sin daño, además de ejercer el control político sobre los informes de rendición de cuentas que el Gobierno colombiano debe entregar al Sistema Internacional y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la protección de la población.*
3. *Vigilar el cumplimiento de los compromisos locales, regionales, nacionales e internacionales suscritos por el Gobierno nacional para la defensa y protección de los derechos e intereses de las comunidades negras o población afrocolombiana.*
4. *Promover la participación de las comunidades negras o población afrocolombiana, en la toma de las decisiones que las afectan en todos los ámbitos de la administración nacional, así como en la vida económica, política, cultural y social del país.*
5. *Servir de canal de interlocución entre las comunidades negras o población afrocolombiana y el Congreso de la República, para garantizar los derechos de la misma sobre los proyectos de ley, de reforma constitucional y los actos de control político que se adelanten y que involucren directa o indirectamente a esta población.*
6. *Presentar informes anuales a las plenarias de las Cámaras y a la sociedad civil al término de cada legislatura sobre el desarrollo de su misión institucional en beneficio de las comunidades negras o población afrocolombiana.*
7. ***Elegir la Mesa Directiva de la Comisión Legal.***
8. *Hacer control y seguimiento a la implementación efectiva de las políticas públicas relacionadas con la protección de los derechos de las comunidades negras o población afrocolombiana.*
9. *Velar para que, en el proceso de discusión aprobación (sic) del Plan Nacional de Desarrollo y del Presupuesto General de la Nación, se incluyan programas, proyectos, presupuesto y acciones que permitan el goce efectivo de derechos de las comunidades negras o población afrocolombiana.*
10. *Conferir menciones honoríficas y reconocimientos o la labor desarrollado (sic) por organizaciones sociales, no gubernamentales, instituciones, empresas o personas,*

*entre otros; que adelanten actividades en defensa, promoción, protección y/o implementación de los derechos de las comunidades negros (sic) o población afrocolombiana.*

11. *Todas las demás funciones que determine la ley.*

**Parágrafo.** *Las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil podrán asistir por invitación a sesiones de esta comisión cuando se ocupe de los derechos de las comunidades negras o población afrocolombiana, con voz”.* (Subraya la Sala).

Como se destaca, la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana debe elegir la Mesa Directiva de la misma.

El artículo 7º de la Ley 1833 establece la elección de la Mesa Directiva de la citada Comisión en esta forma:

**“Artículo 7º. Mesa Directiva.** *La Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana estará conformada por una presidencia y una vicepresidencia elegidas por mayoría simple al inicio de cada legislatura, en la que estarán representados los Congresistas afrocolombianos del Senado y la Cámara de Representantes”.* (Resalta la Sala).

Resulta oportuno observar que este artículo tiene el carácter de norma orgánica, pues hace parte del articulado de la mencionada ley, la cual, conforme quedó dicho, siguió el trámite de ley orgánica en el Congreso, y si bien no implica una reforma o adición expresa a la Ley Orgánica 5ª de 1992, constituye una norma orgánica por su naturaleza, conforme al artículo 151 de la Carta, ya que se refiere a un tema propio del reglamento del Congreso. Finalmente, el artículo 12 de la Ley 1833 de 2017 establece su vigencia, así:

**“Artículo 12. Vigencia.** *La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.*

La publicación se hizo mediante el Diario Oficial No. 50.223 del 4 de mayo de 2017, de manera que la Ley 1833 de 2017 se encuentra vigente desde esa fecha.

## **B. El análisis de los artículos 2º y 7º de la Ley 1833 de 2017 y presunta incongruencia entre estas dos normas**

La consulta indaga acerca de cuál interpretación debe darse a los artículos 2º y 7º de la Ley 1833 de 2017, para efectos de determinar si el Congreso de la República debe instalar la Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana el próximo 20 de julio de 2017, fecha en la cual se inicia la legislatura 2017-2018<sup>103</sup>, *“aplicando el principio consagrado en el*

<sup>103</sup> El concepto de “legislatura” se encuentra determinado por el artículo 138 de la Constitución en los siguientes términos:

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

artículo 3º de la Ley 153 de 1887”, o si la debe instalar el 20 de julio de 2018, fecha en la cual se inicia un nuevo período constitucional del Congreso.

La consulta expresa que “se evidencia una incongruencia entre lo señalado en los artículos 2º y 7º, pues determinan situaciones diferentes para la instalación de la Mesa Directiva” de la mencionada Comisión.

El artículo citado de la Ley 153 de 1887 establece lo siguiente:

**“Artículo 3º.** *Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.*

La Sala encuentra que en la situación planteada no se está frente a un fenómeno de incongruencia o contradicción entre las dos normas jurídicas, cuyo texto resulta necesario tener presente:

Artículo 2º	Artículo 7º
<p><b>“Artículo 2º.</b> Adiciónese el artículo 55 de la Ley 5ª de 1992, el cual quedará así:</p> <p><b>‘Artículo 55. Integración, denominación y funcionamiento.</b> Además de las Comisiones Legales señaladas para cada una de las Cámaras con competencias diferentes a estas, <b>corresponderá integrar aplicando el sistema del cociente electoral y para el período constitucional</b> la Comisión de Derechos Humanos y Audiencias, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, la Comisión de Acreditación Documental, la Comisión para la Equidad de la Mujer, la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia y la <b>Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana”</b>. (Negrillas de la Sala)</p>	<p><b>“Artículo 7º. Mesa Directiva.</b> La Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana estará conformada por una presidencia y una vicepresidencia <b>elegidas por mayoría simple al inicio de cada legislatura</b>, en la que estarán representados los Congresistas afrocolombianos del Senado y la Cámara de Representantes”. (Negrillas de la Sala).</p>

Como se advierte, el artículo 2º de la Ley Orgánica 1833 subroga el artículo 55 de Ley Orgánica 5ª de 1992 que se refiere a las Comisiones Legales del Congreso, seis (6) en total en la actualidad, entre las que se encuentra la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, para disponer que se deben integrar “*aplicando el sistema del cociente electoral y para el período constitucional*”.

El artículo 7º de la Ley Orgánica 1833 de 2017 se refiere a la Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, y dispone que estará conformada por una presidencia y una vicepresidencia elegidas por mayoría simple al comienzo de cada legislatura.

La Sala encuentra, al hacer la confrontación de las dos normas, que no hay incongruencia entre ellas, pues se refieren a dos temas distintos: el artículo 2º reglamenta la integración de la aludida Comisión, entre otras, mientras que el artículo 7º regula la elección de la

Mesa Directiva de la misma. Son dos materias o asuntos diferentes que, por tanto, no entran en pugna u oposición.

En efecto, el artículo 2º de la citada ley señala que las Comisiones Legales del Congreso se integran mediante el sistema del cociente electoral y *“para el período constitucional”*, debiéndose entender en el caso de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, creada por la Ley 1833 del 4 de mayo de 2017, que se refiere al período constitucional en curso, dado que la ley está vigente y no distinguió si era para el inicio del período constitucional del Congreso o para el período constitucional que estuviera transcurriendo y donde la norma no distingue, no le es permitido al intérprete distinguir, conforme al célebre aforismo latino *“Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

En consecuencia, la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana puede ser integrada para el período constitucional actual y por ende se puede instalar el 20 de julio de 2017.

Ahora bien, el artículo 7º de la Ley 1833 de 2017 establece que la Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, debe ser elegida *“por mayoría simple al inicio de cada legislatura”*, lo cual resulta coherente con la norma del artículo 2º, en el sentido de que se integra la Comisión el 20 de julio de 2017 y esta elige, en ejercicio de la función conferida por el numeral 7º del artículo 5º de la citada ley, la Mesa Directiva de la Comisión a partir del mismo día 20 de julio de 2017, fecha de inicio de la próxima legislatura 2017-2018.

En esta forma se les da un efecto útil a las normas contenidas en los artículos 2º y 7º de la Ley 1833 pues la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, se integra el 20 de julio de 2017 para el período constitucional restante y su Mesa Directiva se debe elegir el mismo 20 de julio de 2017, fecha de inicio de la legislatura siguiente a la aprobación de dicha ley.

La Sala reitera que la Ley 1833 del 4 de mayo de 2017 se encuentra vigente desde esa fecha, de conformidad con su artículo 12, lo cual significa que está rigiendo y tiene plenos efectos jurídicos a partir de dicha fecha, en aplicación del principio del efecto general inmediato de las leyes.

Dicha ley no estableció que se difería su vigencia al próximo año o que quedaba supeditada al inicio del próximo período constitucional del Congreso. Sencillamente entró a regir el 4 de mayo del presente año y, en tal medida, debe dársele aplicación a partir de esa fecha, lo cual se realiza con la interpretación expuesta de los artículos 2º y 7º, la cual le confiere un efecto útil a la ley.

Dicha interpretación significa una aplicación coherente de los artículos 2º y 7º de la Ley 1833 de 2017, pues se debe hacer la integración de la Comisión *“para el período constitucional”*, entendiendo por este lo que resta del período constitucional del actual Congreso de la República y enseguida la elección de la Mesa Directiva de la Comisión, al

comienzo de la próxima legislatura. Debe atenderse además el parágrafo del artículo 4º de la ley que dispone que los miembros de la Comisión deben ser *“elegidos al inicio de su primera legislatura, dentro del mismo cuatrienio constitucional”*. Lo anterior se debe entender, como la primera legislatura existente después de la entrada en vigencia de la citada ley, dentro del actual cuatrienio constitucional del Congreso; de otra forma, estas normas carecerían de sentido en el momento presente y no se podría dar aplicación a la ley, pues no se podría conformar la Comisión y consecuentemente no se podría elegir su Mesa Directiva.

Conviene anotar que se observa que la integración de las Comisiones Legales del Congreso, conforme al artículo 2º de la ley citada, como se señaló, debe hacerse por el sistema del cociente electoral. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 4º de la misma ley en relación con la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, la cual, según este artículo, *“estará integrada por los representantes a la Cámara por Circunscripción Especial de Comunidades Negras y por aquellos congresistas que por sus afinidades quieran pertenecer a la misma; que manifiesten su intención de hacer parte de la misma y su compromiso en la defensa de los derechos e intereses de esta población”*.

En síntesis en cuanto a eventuales incongruencias o contradicciones entre las disposiciones contenidas en la Ley 1833 de 2017, la Sala encuentra que no existen respecto de los artículos 2º y 7º y por tanto, el Congreso puede hacer la integración de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana y esta la elección de su Mesa Directiva, el 20 de julio de 2017.

El año próximo el Congreso debe integrar la Comisión al inicio del período constitucional, esto es, el 20 de julio de 2018 y esta debe elegir su Mesa Directiva para la legislatura 2018-2019 que se inicia también en esa fecha.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

*“1. ¿El Congreso de la República debe instalar la mesa directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana el próximo 20 de julio de 2017, fecha en la cual se inicia la legislatura 2018 – 2019 (sic, es 2017 – 2018), aplicando el principio consagrado en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887?*

*“2. ¿El Congreso de la República debe instalar la mesa directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana instalar (sic) el 20 de julio de 2018, fecha en la cual inicia un nuevo período constitucional?*

El 20 de julio de 2017, fecha en la cual se inicia la legislatura 2017-2018, y el 20 de julio de 2018, fecha en la cual se inicia un nuevo período constitucional del Congreso y comienza la legislatura 2018-2019, el Congreso de la República debe integrar la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana y

esta debe elegir la Mesa Directiva de la misma, de conformidad con los artículos 2º, 4º, 5º, numeral 7, y 7º de la Ley 1833 de 2017.

Remítase al señor Ministro 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.

### 3. Efectos del voto en blanco de las Juntas Administradoras Locales en la elección de los Alcaldes Locales

#### Radicado 2350

Fecha: 06/09/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 5 de octubre de 2017

El Ministerio del Interior consulta a la Sala acerca de la facultad, alcance y efectos del voto en blanco por parte de los miembros de las Juntas Administradoras Locales para la conformación de la terna de candidatos con base en la cual el Alcalde Distrital debe designar a los alcaldes locales.

#### I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio del Interior presentó a la Sala las siguientes consideraciones, atendiendo la solicitud de la Secretaría del Interior y de Convivencia Ciudadana del Distrito Turístico de Cartagena de Indias:

1. El Alcalde de la Localidad Histórica y del Caribe Norte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena presentó renuncia al cargo el 2 de marzo de 2017, la cual fue aceptada por el Alcalde Mayor mediante Decreto 345 de 2017.
2. Por configurarse la falta absoluta, según la Ley 1617 de 2013, mediante el Decreto 448 de 2017 modificado por el 472 del mismo año, se convocó a la Junta Administradora Local de dicha localidad para la conformación de la terna de la cual se designaría el Alcalde Local.
3. En el decreto citado, se estableció entre otros, el cronograma que debía desarrollarse, fijándose el 20 de abril de 2017, como fecha para celebrar la asamblea pública para conformar la terna con el fin de nombrar el Alcalde Local.
4. El 24 de abril de 2017, el Secretario del Interior del Distrito de Cartagena informó al Alcalde Mayor que en el proceso de conformación de la terna para la elección del Alcalde Local, los Ediles de la Junta Administradora Local votaron en blanco y que no se observan en los documentos aportados las razones por las cuales adoptaron tal decisión para no integrar la terna.
5. El artículo 328 de la Constitución Política (modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2007) dispone que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias conservará su régimen y carácter. Así, los Distritos cuentan con la máxima autoridad que es el Alcalde Mayor y para efectos de su organización administrativa se dividen en localidades. El artículo 323 de la C. P. establece que en cada una de las localidades habrá una junta administradora elegida popularmente para periodos de cuatro (4) años, integrada al menos por siete (7) ediles, según lo que determine el Concejo Distrital, teniendo en cuenta la población respectiva. Sobre el particular trae a colación la Sentencia C-447 de 1995 de la Corte Constitucional, en la cual se

señala que las Juntas Administradoras Locales son un mecanismo de participación ciudadana y materialización del distrito democrático.

6. Respecto de las normas que regulan el régimen de las localidades que componen los distritos, señala que el artículo 39 de la Ley 1617 de 2013 establece que cada localidad tendrá un Alcalde Local nombrado por el Alcalde Distrital de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local en asamblea pública citada por el Alcalde Mayor y con un quórum de por lo menos el 80% de sus miembros. Asimismo y conforme al artículo, para la integración de la terna se aplicará el sistema de cociente electoral.
7. El artículo 41 de la citada ley consagra los requisitos para ejercer el cargo de Alcalde Local, señalando que debe cumplir los mismos exigidos para el cargo de Alcalde Distrital, esto es: i) ser ciudadano colombiano en ejercicio y ii) haber nacido o ser residente en el respectivo distrito durante un año anterior a la fecha de inscripción o durante un periodo mínimo de tres años consecutivos en cualquier época. Igualmente, el artículo 42 ibídem dispone que las faltas absolutas y temporales de los alcaldes locales serán suplidas por las personas que designe el Alcalde Distrital y para el evento de faltas absolutas el Alcalde solicitará de la junta respectiva la elaboración de la terna correspondiente.
8. El Decreto Distrital 581 de 2004 reglamenta el sistema desconcentrado de las localidades en dicho distrito y regula las competencias del Alcalde Mayor y de las Juntas Administradoras Locales en relación con la elección del Alcalde Local. El artículo 7 divide el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena en las tres localidades a saber:
  - i) Localidad Histórica y del Caribe Norte;
  - ii) Localidad de la Virgen y Turística; y
  - iii) Localidad Industrial y de la Bahía.
9. En cuanto a la conformación de la terna para la designación de Alcalde Local, el artículo 14 del citado decreto preceptúa que las Juntas Administradoras Locales a través de sus directivas hasta las 5:00 p. m. presentarán ante la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana Distrital, el mismo día de la integración de las ternas, el acta donde conste la realización de la asamblea y las respectivas hojas de vida de los aspirantes, documentadas con los estudios y experiencias que se registren en las mismas. A su turno, el artículo 15 ordena que una vez recibida la terna, corresponde a la Secretaría del Interior presentar al Alcalde Mayor dentro de los dos días siguientes, un informe detallado sobre el proceso y evaluación de las hojas de vida de los aspirantes. Según el artículo 16 del mismo decreto, el Alcalde Distrital dentro de los cinco (5) días siguientes nombrará a los alcaldes de las localidades respectivas para que tomen posesión ante el funcionario competente.

10. Afirma que para poder ostentar el cargo de Alcalde Local, el Decreto Distrital 581 de 2004 reitera los requisitos legales exigidos para tal efecto.
11. Plantea el consultante como problema jurídico que se debe determinar si *“so pretexto del voto en blanco las Juntas Administradoras Locales se pueden abstener de conformar la terna para que el Alcalde Mayor proceda a nombrar al Alcalde Local (...) puesto que al existir una lista de candidatos que cumplen los requisitos para ocupar el cargo en cuestión, al haber votado todos los ediles en blanco no ha sido posible conformar la terna y por ende se mantiene la falta absoluta ya que el Alcalde Local anterior presentó su renuncia...”*.

Indica que la normatividad de las Juntas Administradoras Locales no regula el voto en blanco en cuanto a la conformación de la terna para elección del Alcalde Local y en concepto de la Secretaría del Interior de Cartagena no existe razón para que no se conforme la terna si los candidatos cumplen con los requisitos legales. La anterior situación, a juicio del consultante, ha ocasionado que no exista Alcalde de la Localidad Histórica y del Caribe Norte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, por lo cual se consulta sobre las herramientas legales para subsanar la situación.

12. Manifiesta además el consultante que existen varios vacíos normativos en esta materia, ya que no hay regulación sobre el voto en blanco para los miembros de las Juntas Administradoras Locales y, según la Ley 1617 de 2013, estas tienen el deber legal de conformar la terna de candidatos para ocupar el cargo de Alcalde Local cuando se ha presentado la falta absoluta del cargo, se ha adelantado la asamblea pública y los candidatos cumplen los requisitos legales.
13. Considera el consultante que por analogía se podría aplicar la solución que ha dado la Corte Constitucional en Sentencia C-011 de 1991 para Gobernadores y Alcaldes, en la que consideró que tales funcionarios podían nombrarse interinamente a fin de *“evitar el vacío de poder que pudiera presentarse en el respectivo departamento o municipio, una vez producida la falta del mandatario, y mientras se procede a la elección de quien haya de reemplazarlo, con los traumatismos que de tal situación lógicamente se derivarían”*.

Con base en lo anterior, estima que ante la imposibilidad de suplir la falta absoluta del Alcalde Local podría aplicarse lo consagrado para las faltas temporales, esto es, que el cargo sea ocupado por quien designe el Alcalde Distrital, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 30 de la Ley 1617 de 2013. Advierte que esta solución sería temporal mientras se conforma la terna en la que, en consideración del Ministerio, *“debe primar el derecho a ser elegido por parte de los candidatos que cumplan con los requisitos para ocupar el cargo (...) pero no pueden los ediles, argumentando su derecho a votar en blanco, abstenerse de conformar la terna para que el Alcalde Distrital designe al Alcalde Local, cuando los candidatos cumplen con los requisitos (...)”*.

14. Por último, sostiene que los efectos del voto en blanco para la conformación de la terna deben reglamentarse por parte del Distrito del Cartagena, ya que está en juego el derecho a ocupar cargos públicos por parte de quienes cumplen los requisitos y además se presenta un incumplimiento de un deber legal por parte de los miembros de la Junta Administradora Local, que consiste en conformar la terna para que el Alcalde Distrital pueda nombrar el Alcalde Local por configurarse la falta absoluta.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio del Interior formula las siguientes

**PREGUNTAS:**

1. *¿Es conforme al ordenamiento jurídico colombiano que los ediles de las Juntas Administradoras Locales voten en blanco para no conformar la terna de candidatos de la cual el Alcalde Mayor nombraría al Alcalde Local?*
2. *¿Es ajustado al ordenamiento jurídico votar en blanco respecto al procedimiento citado sin exponer las razones que motivan esta decisión de voto en blanco?*
3. *¿Es conforme al ordenamiento jurídico, que existiendo candidatos inscritos válidamente dentro de dicho procedimiento, que cumplen los requisitos legales para ocupar el cargo del Alcalde Local, la Junta Administradora Local se abstenga a través del voto en blanco de conformar una terna?*
4. *¿Puede la Junta Administradora Local exigir requisitos adicionales a los contemplados en la ley para aspirar al cargo de alcalde local?*
5. *De considerarse no conforme al ordenamiento jurídico, la decisión de la Junta Administradora Local, ¿qué acciones o decisiones administrativas debe adoptar el Alcalde Mayor para que la Junta Administradora Local ajuste su decisión al ordenamiento jurídico?, A) ¿debe fijar una nueva fecha para que con los aspirantes inscritos inicialmente se conforme la terna?, B) ¿debe fijar nueva fecha para que la JAL en audiencia pública conforme la terna sin restringir la participación o inscripción de otros candidatos?*
6. *¿Pueden indefinidamente las Juntas Administradoras Locales abstenerse de conformar la terna, por razones no contempladas en el ordenamiento jurídico?*
7. *¿A qué mecanismos puede acudir el Alcalde Mayor para exigir a la Junta Administradora Local el cumplimiento del deber legal de conformación de la terna en la fecha en que se fije para el efecto?*

**PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

**Aclaración.** Antes de dar respuesta a la consulta, es necesario aclarar que mediante auto del 25 de julio de 2017, la Sala solicitó el envío de la reglamentación de carácter interno proferida por las autoridades distritales, dentro de su competencia y que regulen el procedimiento de selección, votación y conformación de la terna por parte de los ediles para la elección de los Alcaldes Locales, así como los efectos del voto en blanco.

Mediante correo electrónico el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio del Interior envió copia del oficio de 15 de agosto de 2017, a través de la cual el Secretario del Interior y Convivencia Ciudadana del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias suministró respuesta al requerimiento efectuado con fundamento en el Decreto Distrital No. 0581 de 2004 y la Resolución No. 005 de 2011, que contiene el reglamento interno de la Junta Administradora Local Histórica y del Caribe Norte del Distrito de Cartagena. Por tal razón, los interrogantes planteados en la consulta se absolverán con base en la normatividad nacional que regula la materia y las aludidas normas distritales.

Con el propósito de responder a los interrogantes realizados en la consulta, la Sala se referirá a: i) Régimen Especial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, ii) El voto en blanco, iii) Efectos del voto en blanco emitido por las Juntas Administradoras Locales en la conformación de la terna para la designación de Alcalde Local, y iv) Facultad del Alcalde Distrital para encargar temporalmente a un funcionario como Alcalde Local.

### **1. Régimen Especial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias**

La Constitución Política reconoce a los Distritos como una de las categorías de las entidades territoriales de nuestro país y les otorga autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites que señale la Constitución y la ley. En efecto, disponen los artículos 286 y 287 superiores que:

*“Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.*

*La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.*

*“Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:*

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Participar en las rentas nacionales”.*

Por su parte, el artículo 328<sup>104</sup> de la Carta Política de 1991 respetó el régimen especial de los Distritos existentes a su entrada en vigencia, al disponer su conservación y carácter.

104 Modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2007.

En desarrollo de tales normas superiores, el legislador expidió la Ley 768 de 2002<sup>105</sup> y posteriormente la Ley 1617 de 2013, “[p]or la cual se expide el Régimen para los Distritos Especiales”, denominado también el Estatuto Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos<sup>106</sup>. Dicha normativa les otorga a los Distritos facultades, instrumentos y recursos para cumplir las funciones, prestar los servicios a su cargo y llevar a cabo el desarrollo integral del territorio para así contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes “a partir del aprovechamiento de sus recursos y ventajas derivadas de las características, condiciones y circunstancias especiales que estos presentan” (art. 1º).

En virtud del carácter especial del Estatuto en mención, sus disposiciones otorgan a los Distritos, sus órganos y autoridades facultades distintas a las que tienen los demás municipios y entidades territoriales del país. De ahí que sus normas prevalecen sobre las generales que contienen los regímenes ordinarios, pero ante los vacíos de las normas especiales, se aplicarán las disposiciones previstas para los municipios (art. 2º). Por consiguiente, la Ley 1617 de 2013 se aplica al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, creado mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1987 y respecto del cual la Constitución de 1991 determinó en el artículo 328 que conservaba su régimen y carácter.

De otro lado, de conformidad con el artículo 4º de la citada normativa, el gobierno y la administración del distrito están a cargo de:

- “1. El Concejo Distrital.
2. El Alcalde Distrital.
3. Los Alcaldes y las Juntas Administradoras Locales.
4. Las entidades que el Concejo, a iniciativa del Alcalde Distrital, cree y organice (...)”

En definitiva, los Distritos son entidades territoriales especiales reconocidas por la Constitución Política y sujetas a un estatuto particular, dotadas de autonomía para la gestión de sus intereses, y cuyo gobierno y administración se ejerce a través de los diferentes órganos que la conforman, entre ellos, los Alcaldes Distritales, los Alcaldes Locales y las Juntas Administradoras Locales.

Es pertinente acotar que, dado el carácter de los Distritos se impone una coordinación permanente de todos sus órganos para cumplir los fines y funciones que permitan el logro del desarrollo integral y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del Distrito, y una relación de equilibrio razonable entre la administración central y sus entidades locales<sup>107</sup>. Así pues, con miras a lograr estos cometidos, y atendiendo el Régimen Especial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el Alcalde Distrital expidió en Decreto No. 0581 de 2004, “[p]or medio del cual se reglamenta el sistema descentrado de las localidades en el Distrito de Cartagena de Indias D.T. y

105 Esta ley consagraba el anterior “Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta”.

106 Con excepción del Distrito Capital de Bogotá, según el parágrafo del artículo 2º de la Ley 1617 de 2013.

107 En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-262 de 2015.

C y el Fondo de Desarrollo Local y regula, entre otros, los siguientes asuntos: i) De las localidades (Cap. I, Tit I); ii) Alcaldes Locales (Cap. III, Tit. I); iii) Del Plan de Desarrollo Local; iv) De las Juntas Administradoras Locales (Cap. I, Tit. III); v) Del funcionamiento de las JAL (Cap. II, Tit. III); y vi) De las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

### a. Designación de los Alcaldes Locales

La Constitución Política, dentro de las disposiciones que se refieren al Régimen Municipal<sup>108</sup>, establece que el Alcalde es el jefe de la administración local y representante legal del municipio<sup>109</sup>, elegido popularmente para periodos de cuatro (4) años. No obstante y a pesar de que no se alude en forma expresa a la figura del Alcalde Local, el artículo 318 de la Carta autoriza a los concejos municipales a dividir los municipios en comunas y corregimientos, según se trate de áreas urbanas o rurales, “[c]on el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local”.

En armonía con el precepto anterior, los artículos 322<sup>110</sup> y 323<sup>111</sup> de la Constitución Política<sup>112</sup> se refieren al Régimen Especial del Distrito Capital de Bogotá y en ellos se consagra la facultad del Concejo de dividir el distrito en localidades, a las cuales les corresponde gestionar los asuntos propios de su territorio; además, disponen que los alcaldes locales serán designados por el alcalde mayor de ternas remitidas por la respectiva Junta Administradora Local. Estas disposiciones se desarrollan en el Decreto Ley 1421 de 1993 “[p]or el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá” (arts. 12, 54, 60 a 63 y 84), reglamentados en el Decreto 1350 de 2005<sup>113</sup>.

En forma similar, la Ley 1617 de 2013 contentiva del régimen legal de los Distritos Especiales, en el Título II “Organización Política y Administrativa del Distrito”, dispone que los distritos se dividirán en localidades (art. 34) y consagra los objetivos que se deben garantizar con tales divisiones, dentro de los cuales vale la pena destacar: i) que la comunidad se exprese y contribuya al mejoramiento de su calidad de vida, ii) que haya una participación efectiva de la ciudadanía en la dirección, manejo y prestación de los servicios públicos, así como en la construcción de obras de interés común, y iii) que a las localidades se les asignen algunas funciones, la construcción de obras y prestación de servicios para contribuir al progreso económico y social (art. 35).

Adicionalmente, señala la citada ley que cada localidad se somete “a la autoridad del alcalde distrital, de una junta administradora y del respectivo alcalde local” (art. 36). A su turno, el artículo 39 *ejusdem* reza:

108 Capítulo 3, Título XI de la Constitución Política.

109 Artículo 341 de la Constitución Política.

110 Modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2000.

111 Modificado por los Actos Legislativos 02 de 2002 y 03 de 2007.

112 Contenidos en el Capítulo 4 “Del Régimen Especial” del Título XI “De la organización territorial”.

113 “Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 84 y 102 del Decreto-ley 1421 de 1993, en lo que tiene que ver con el proceso de integración de ternas para la designación de los Alcaldes y el nombramiento de los Personeros Locales”.

*“Artículo 39. Cada localidad tendrá un alcalde local, que será nombrado por el alcalde distrital de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local, en asamblea pública, citada por el alcalde distrital y que deberá tener quórum con no menos del ochenta por ciento (80%) de sus miembros.*

*Para la integración de la terna se usará el sistema de cociente electoral (...).”*

En este escenario normativo, se observa que el legislador, con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación ciudadana, dispuso la división de los distritos en localidades, les atribuyó unas funciones específicas y encargó de su gestión al Alcalde Local, otorgándole además a este la representación legal de los Fondos de Desarrollo Local y la condición de ordenador de sus gastos<sup>114</sup>. En relación con su nombramiento, establece la norma transcrita que el Alcalde Local sea designado por el Alcalde Distrital de terna elaborada por la respectiva Junta Administradora Local, en asamblea pública que se debe desarrollar con sujeción al quórum deliberatorio y decisorio previsto en el artículo 50 de la ley en mención<sup>115</sup>.

Siguiendo el marco legal descrito, los artículos 12<sup>116</sup>, 13 y 54 del Decreto Distrital 0581 de 2004 emitido por la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, disciplinan:

*“Artículo 12. Cada Localidad tendrá un Alcalde Local que será nombrado por el Alcalde Mayor, para un periodo de cuatro años, de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local en asamblea pública, citada por el Alcalde Mayor y que deberá tener quórum con no menos del ochenta (80%) de sus miembros.”*

*“Artículo 13. La citación a tal asamblea la realizará el Alcalde Mayor dentro de los 15 días siguientes a su posesión, en los sitios señalados para el efecto en el acto administrativo, por medio del cual se convoca.*

*Parágrafo: Para la integración de la terna se empleará el sistema de cociente electoral.”*

*“Artículo 54. En cada una de las localidades habrá una Junta Administradora Local integrada por nueve (9) miembros denominados Ediles. Son funciones de las Juntas Administradoras Locales:*

*A) Establecidas en la Constitución Política Nacional: (...)*

*6. Elaborar ternas para el nombramiento de alcaldes locales.”*

<sup>114</sup> Artículo 66 de la Ley 1617 de 2013.

<sup>115</sup> El artículo 50 ibidem establece el quórum y mayorías de las juntas administradoras locales, en los siguientes términos: “Quórum y Mayorías: Para deliberar, las juntas requerirán la presencia de por lo menos la cuarta parte de sus miembros. Para decidir, la asistencia de la mayoría de sus integrantes. Sus decisiones se tomarán con el voto favorable de la mayoría de los asistentes, siempre que haya quórum”.

<sup>116</sup> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta mediante sentencia 17 de julio de 2015 (Rad. 13001-23-31-000-2006-00239-01) declaró la legalidad del artículo 12 citado “condicionada al entendido de que el término de 4 años que contiene esa disposición debe comprenderse como la fijación del período que, dentro de condiciones generales y normales, debería tener el alcalde local al igual que el alcalde mayor”.

Como se deduce sin ninguna dificultad, las disposiciones distritales reiteran las normas superiores que regulan el procedimiento de elección del alcalde local. Sin embargo, sobre este punto es importante anotar que la Sección Quinta en Sentencia del 7 de diciembre de 2006 (radicación 2005-00961-número interno 4136), inaplicó por inconstitucionales las expresiones “*Para la integración de la terna se empleará el sistema del cociente electoral*” del artículo 84 del Decreto Ley 1421 de 1993 y “*empleando el sistema del cociente electoral*” del artículo 7 del Decreto 1350 de 2005, equivalentes al inciso segundo del artículo 39 de la Ley 1617 de 2013 y el parágrafo del artículo 13 del Decreto Distrital 0581 de 2004 emitido por la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, por no garantizar la inclusión de por lo menos una mujer en la terna, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 581 de 2000. Al mismo tiempo agregó la Corporación en esta providencia que “*cuando las mujeres superan el proceso meritocrático su derecho a formar parte de las ternas integradas por las Juntas Administradoras Locales no sacrifica el principio democrático al interior de estas colegiaturas, únicamente lo limita, ya que los ediles conservan su derecho a conformar las ternas de candidatos a las alcaldías menores, pudiendo acudir al sistema mayoritario para elegir entre las mujeres que superaron el proceso de selección a la que hará parte de la terna, y elegir a los dos miembros restantes a través de un sistema proporcional*”<sup>117</sup>. De ahí que, en cumplimiento de la Ley 581 de 2000 y de acuerdo con el precedente judicial, el sistema de cociente electoral no aplicaría para elegir a la mujer que debe ser incluida en la terna para designar Alcalde Local del Distrito, como sí rige este sistema proporcional en la elección de los otros dos miembros.

Lo dicho hasta aquí supone que, en caso de presentarse falta absoluta del Alcalde Local, corresponde al Alcalde Distrital designarlo de terna que para el efecto elabore la respectiva junta administradora local, conforme al artículo 41<sup>118</sup> de la Ley 1617 de 2013, regla que se consagra en términos similares en el artículo 19 de la norma local<sup>119</sup>.

Ahora bien, es necesario recalcar que la Ley 1617 de 2013 guarda silencio en lo relativo a las faltas absolutas y temporales del Alcalde Local y del Alcalde Distrital, razón por la cual en atención a los artículos 2<sup>120</sup> y 123<sup>121</sup> de esta normativa, resulta aplicable a estas situaciones administrativas el artículo 98 de la Ley 136 de 1994, el cual regula en materia de faltas absolutas del Alcalde Municipal lo siguiente:

117 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencias del 24 de agosto y 7 de diciembre de 2006. Rad. 25000-23-24-2005-00961-01 (4136), 25000-23-24-2005-00968-01 y 25000-0325-000-2005-01631-01. En esta última discurrió: “*Deviene de todo lo argüido, que el sistema del cociente electoral consagrado en los artículos 84 del Decreto Ley 1421 de 1993 y 7 del Decreto 1350 de 2005, no es compatible con el bloque de constitucionalidad integrado por los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional, la Ley 51 de 1981 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980”, y la Ley estatutaria 581 del 31 de mayo de 2000 “Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”.*”

118 Dispone el artículo 41 que: “*Reemplazos. Las faltas absolutas y temporales de los alcaldes locales serán llenadas por las personas que designe el alcalde distrital. En el primer caso, solicitará de la junta respectiva la elaboración de la terna correspondiente.*”

119 Reza el artículo 19 del Decreto Distrital 0581 de 2004: “*Las faltas temporales de los Alcaldes Locales serán llenadas con quien designe el Alcalde Mayor. En las absolutas, el Alcalde Mayor convocará a una asamblea pública a la Junta respectiva para la elaboración de la terna correspondiente para el resto del periodo, utilizando el mismo procedimiento establecido en este decreto y la Ley 768 de 2002.*”

120 El inciso 2° del artículo 2° señala: “*En todo caso las disposiciones de carácter especial prevalecerán sobre las de carácter general que integran el régimen ordinario de los municipios y/o de los otros entes territoriales; pero en aquellos eventos no regulados por las normas especiales, o que no se hubieren remitido expresamente a las disposiciones aplicables a alguno de los otros tipos de entidades territoriales, previstas en la Constitución Política, la ley, ni a las que está sujeto el Distrito Capital de Bogotá, estos se sujetarán a las disposiciones previstas para los municipios.*”

121 El artículo 123 de la Ley 1617 de 2013, prevé: “*Régimen aplicable a las autoridades distritales. Al Concejo Distrital, a sus miembros, al alcalde distrital y demás autoridades distritales se les aplicará el régimen contenido en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, en las normas que las sustituyan o modifiquen en lo que les sea aplicable y las disposiciones especiales contenidas en la presente ley.*”

**“Artículo 98. Faltas absolutas. Son faltas absolutas del alcalde:**

- a) La muerte;
- b) La renuncia aceptada;
- c) La incapacidad física permanente;
- d) La declaratoria de nulidad por su elección;
- e) La interdicción judicial;
- f) La destitución;
- g) La revocatoria del mandato;
- h) La incapacidad por enfermedad superior a 180 días”.

En consecuencia, en el evento de presentarse alguna de las causales que configure una falta absoluta de un Alcalde Local del Distrito, por ejemplo, la renuncia aceptada, caso al que se refiere la consulta, debe el Alcalde Distrital designar su reemplazo, para lo cual es menester requerir la elaboración de la terna por la respectiva Junta Administradora Local.

El procedimiento de designación del Alcalde Local constituye una actuación compleja que se compone de dos etapas, así: i) la primera, a cargo de los ediles que consiste en la elaboración de la terna por parte de la Junta Administradora Local y tiene connotación y efectos electorales, denominado por esta Corporación: “Acto preparatorio de elección”<sup>122</sup>, y ii) la segunda, que es un acto discrecional a cargo del Alcalde Distrital quien debe elegir al Alcalde Local dentro de los candidatos que conforman la terna<sup>123</sup>. Estas etapas si bien son independientes y corresponden a autoridades distintas, están concatenadas entre sí dado que sin la primera no se puede llevar a cabo la segunda, lo cual determina una permanente y estricta coordinación entre las autoridades distritales que garantice las políticas de la respectiva localidad y la realización de sus fines bajo la dirección de la autoridad distrital, conforme lo ordena la ley.

Con independencia de la falta de regulación a nivel de distritos especiales sobre el proceso de conformación de la terna para la designación del alcalde local, conviene subrayar que esta función debe responder a procesos públicos, transparentes, objetivos y de meritocracia, de forma tal que se evalúen y verifiquen en los aspirantes, las condiciones

122 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencias del 2 de noviembre de 1995 (Exp. 1501) y del 10 de noviembre de 1995 (Exp. 1461). Sección Primera. Sentencia del 25 de julio de 1994 (Exp. 2920).

123 Al respecto señaló esta Corporación: “...el Alcalde Mayor del Bogotá D. C., una vez recibe la terna, debe elegir el Alcalde Local de los tres candidatos que componen la terna, en una facultad absolutamente discrecional, pues le corresponde, sin exponer los motivos de su decisión, escoger de los postulados el que él a bien tenga”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 4 de diciembre de 2013 (Rad. No. 25000-23-41-000-2013-00490-01).

de capacidad, idoneidad y vocación que les permitan atender con solvencia las funciones del cargo.

## **b. Las Juntas Administradoras Locales: carácter y funciones**

La Constitución Política en el inciso 2° del artículo 318 (Capítulo 3 “Régimen Municipal” del Título XI) dispone:

*“En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley, que tendrá las siguientes funciones:*

*1. Participar en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas.*

*2. Vigilar y controlar la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos.*

*3. Formular propuestas de inversión ante las autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión.*

*4. Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal.*

*5. Ejercer las funciones que les deleguen el concejo y otras autoridades locales. Las asambleas departamentales podrán organizar juntas administradoras para el cumplimiento de las funciones que les señale el acto de su creación en el territorio que este mismo determine. (...).”* (La Sala resalta).

Así, la Carta Política, como se hizo referencia, con el fin de mejorar la prestación de servicios y lograr una mayor participación ciudadana en los asuntos locales, autoriza a los concejos municipales a dividir los municipios en comunas –en el caso de áreas urbanas– y ordena que en tal caso cada una debe contar con una junta administradora local para el ejercicio de las citadas funciones.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 323 de la Constitución Política dentro del Régimen Especial del Distrito Capital de Bogotá precisa que *“en cada una de las localidades habrá una junta administradora, elegida popularmente para períodos de tres años, que estará integrada por no menos de siete ediles, según lo determine el Concejo Distrital, atendida la población respectiva”*.

En el caso de los Distritos Especiales, la Ley 1617 de 2013 de manera similar indicó que las localidades en las cuales se dividan los distritos estarán sometidas, entre otras, a la autoridad de una junta administradora local, cuyas atribuciones se encuentran asignadas en los artículos 42 y 46 de la mencionada normativa. Además, según se dijo, la ley citada asigna a dichos órganos la responsabilidad de elaborar la terna con base en la cual el Alcalde Distrital nombra el alcalde de la respectiva localidad, procedimiento que

igualmente aplica para las faltas absolutas de este funcionario previa solicitud del Alcalde Distrital (arts. 39 y 41 *ibídem*).

En igual sentido, el Decreto Distrital 0581 de 2004, regula en forma amplia y detallada en el Capítulo I del Título III (art. 54 y siguientes), la conformación y funciones de las juntas administradoras locales del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, señalando, entre otras, que les corresponde participar en los planes y programas de la ciudad de desarrollo económico, social y de obras públicas; vigilar la prestación de los servicios; elaborar las ternas para el nombramiento de los alcaldes locales; formular propuestas de inversión y promover la activa participación de los ciudadanos en los asuntos locales.

De lo expuesto se infiere que las juntas administradoras locales son cuerpos de representación de la ciudadanía local, elegidos en forma democrática para promover y garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y para lograr una adecuada integración entre el nivel distrital con el local, permitiendo la participación efectiva de la comunidad. De ahí deriva también su naturaleza de corporaciones públicas sometidas, por tanto, al orden constitucional, tal y como lo recalcó esta Sala en concepto del 5 de julio de 2001<sup>124</sup>:

*“Estas juntas son corporaciones públicas, cuerpos de representación elegidos por el pueblo, que participan en la elaboración de planes y programas, de propuestas de inversión, que tienen funciones de vigilancia y control de la gestión pública, etc., y hacen parte de la administración municipal o distrital; obligadas por tanto a cumplir, en todas sus atribuciones, incluidas las electorales, las normas constitucionales de manera prevalente (art. 4° de la C. P.) (...)”*

A causa del carácter público de las juntas administradoras locales se desprende la condición de autoridad pública que ostentan sus miembros, esto es, los ediles, sus funciones y el régimen que les resulta aplicable a estos de conformidad con el texto constitucional, según así lo ha explicado la Sección Quinta de esta Corporación<sup>125</sup>:

*“En relación con los miembros de las juntas administradoras locales, el artículo 260 de la Constitución Política señala expresamente su carácter de autoridades públicas, al establecer que ‘los ciudadanos eligen en forma directa...miembros de las juntas administradoras locales...y demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale.’*

*El carácter de autoridad pública de los miembros de las juntas administradoras locales se deduce además de lo dispuesto en los artículos 318, 323 y 324 *ibídem*, en los cuales se establece su forma de elección; se señalan las prohibiciones a las cuales están sujetas y se asigna a dichas juntas, funciones relacionadas con la participación en los planes y programas de desarrollo económico y social; vigilancia y control sobre la prestación de servicios públicos y de las inversiones que se realicen con recursos públicos; formular*

<sup>124</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de julio de 2001. Rad. 1359.

<sup>125</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 19 de febrero de 2002 (Rad. 13001-23-31-000-2006-00239-01).

*propuestas de inversión ante las autoridades encargadas de elaborar los respectivos planes; distribuir las partidas globales que se les asigne a las localidades y ejercer las funciones que les deleguen los concejos u otras autoridades locales”.* (La Sala resalta).

Por lo tanto, las juntas administradoras locales son autoridades públicas elegidas por la ciudadanía que tienen atribuidas importantes funciones en relación con el desarrollo económico y social de la respectiva localidad; además, se les asignan funciones electorales, dentro de las que se encuentra la de integrar las ternas de las cuales el alcalde distrital nombrará el respectivo alcalde local. Cabe precisar también que, a la luz del artículo 123 de la Constitución Política<sup>126</sup>, los ediles son servidores públicos que si bien obran de manera independiente, forman parte de las juntas administradoras locales y, por ende, del gobierno distrital<sup>127</sup>.

Específicamente en cuanto al ejercicio de conformación de las ternas para Alcalde Local por las Juntas Administradoras Locales se advierte que no existe un procedimiento establecido en la Constitución Política, en la Ley 1617 de 2013 ni en la Ley 136 de 1994<sup>128</sup>. El Decreto Distrital 0581 de 2004, en su artículo 14, regula las formalidades y plazos para la presentación del acta por parte de las Juntas Administradoras Locales ante la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana Distrital, donde conste la celebración de la asamblea pública para la integración de la terna; y el artículo 15, impone a dicha Secretaría el deber de presentar al Alcalde Mayor un informe detallado del proceso y la evaluación de las hojas de vida de los aspirantes al cargo. Sin embargo, el decreto en mención tampoco establece un procedimiento claro ni detallado que determine cómo se debe llevar a cabo la votación, la evaluación de las hojas de vida de los candidatos inscritos y la selección de aquellos que conformarán la terna.

En cambio, en el caso del Distrito Capital, el Decreto 1350 de 2005<sup>129</sup> reglamentó parcialmente el artículo 84<sup>130</sup> del Decreto Ley 1421 de 1993<sup>131</sup>, en lo atinente al proceso de integración de ternas para la designación de los alcaldes locales, “[e]n cumplimiento de los principios de la función pública previstos en el artículo 209 de la Constitución Política (...) con el fin de que este responda al criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional de los aspirantes y que permita la participación de los ciudadanos que habitan en cada una de las localidades” (art. 1º).

126 Dispone el artículo 123 de la C. P. que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

127 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 1998.

128 A la cual debe acudirse en vacío por mandato del artículo 2º de la Ley 1617 de 2013.

129 “Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 84 y 102 del Decreto-ley 1421 de 1993, en lo que tiene que ver con el proceso de integración de ternas para la designación de los Alcaldes y el nombramiento de los Personeros Locales”.

130 Establece el artículo 84: “Los alcaldes locales serán nombrados por el alcalde mayor de terna elaborada por la correspondiente junta administradora. Para la integración de la terna se empleará el sistema del cuociente electoral. Su elaboración tendrá lugar dentro de los ocho (8) días iniciales del primer período de sesiones de la correspondiente junta.

El alcalde mayor podrá remover en cualquier tiempo los alcaldes locales. En tal caso la respectiva junta integrará nueva terna y la enviará al alcalde mayor para lo de su competencia.

Quienes integren las ternas deberán reunir los requisitos y calidades exigidas para el desempeño del cargo.

No podrán ser designados alcaldes locales quienes estén comprendidos en cualquiera de las inhabilidades señaladas para los ediles. Los alcaldes locales tienen el carácter de funcionarios de la administración distrital y estarán sometidos al régimen dispuesto para ellos”.

131 “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”. Modificada por las Leyes 1136 de 2007, 1031 de 2006, 633 de 2000, 617 del año 2000, entre otras.

Dicha normativa impone a las Juntas Administradoras Locales el deber de adelantar un procedimiento meritocrático para la selección de los integrantes de la terna, en el cual se evalúan las calidades personales y la capacidad para cumplir las funciones y responsabilidades del cargo. Además, el decreto en estudio ordena a la Junta Administradora Local publicar los resultados del proceso en el Portal del Distrito Capital y en un lugar visible de la sede en la cual sesiona la respectiva junta y, asimismo, ponerlos a disposición de la ciudadanía. Luego debe llevarse a cabo la audiencia pública en la cual los aspirantes que hayan superado el proceso presentan el programa que desarrollarán en la respectiva localidad. Por último, dispone el artículo 7° que la terna solamente podrá ser integrada por quienes hayan superado todas las etapas del proceso meritocrático y en caso que se integre por quien tenga una inhabilidad o no cumpla los requisitos será devuelta por el Alcalde Mayor a la respectiva Junta Administradora Local para que sea integrada de nuevo con los aspirantes que superaron las etapas del proceso y cumplan los requisitos.

Así, ante el vacío legal que existe en el régimen de los Distritos Especiales diferentes al Distrito Capital, a juicio de la Sala resulta necesario dar aplicación a los principios de la función administrativa establecidos en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, CPACA), en especial a los principios de igualdad, transparencia, publicidad, imparcialidad y eficacia<sup>132</sup>; en efecto, el proceso de integración de la terna corresponde a *“un llamado público, en razón de los principios de transparencia e igualdad en el acceso a los cargos públicos, a todas aquellas personas que consideren allanan los requisitos para ocupar el empleo, y permite a los postulantes contar con un amplio abanico de opciones para elegir”*<sup>133</sup>.

Además la función de integración de la terna por parte de las juntas administradoras locales debe sujetarse al desarrollo de unas etapas precisas y claras, ya que constituye una actuación administrativa de contenido electoral que busca proponer con base en un procedimiento democrático de representación proporcional unos candidatos al alcalde distrital para que este escoja y nombre al alcalde de la respectiva localidad. En lo concerniente a esta función, vale la pena traer a colación el concepto de esta Sala<sup>134</sup> en el cual se indicó que:

*“... [S]i bien las JAL son un solo cuerpo decisorio y constituyen por lo mismo corporaciones únicas, orgánica y funcionalmente, el procedimiento constitucional aplicable por esta clase de órganos en la elaboración de las ternas para la designación de alcaldes locales, tiene por efecto reflejar, en un proceso democrático de representación proporcional, la fuerza electoral de los diversos partidos o grupos con asiento en la respectiva JAL...”* (La Sala resalta).

Empero, si bien los ediles gozan de independencia y discrecionalidad para elegir de los aspirantes los que conformarán la terna, el ejercicio de dicha función no significa

132 Artículos 209 C. P. y 3° del CPACA.

133 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 4 de diciembre de 2013. Rad. 25000-23-41-000-2013-00490-01.

134 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de julio de 2001. Rad. 1359.

que puedan actuar arbitrariamente, pues tal actuación debe estar revestida de los principios de la función administrativa como son la publicidad, imparcialidad, eficacia y transparencia, dado que en virtud de estos es que la ley ordena llevar a cabo la asamblea pública<sup>135</sup> a fin de que la ciudadanía se involucre y pueda participar en el control y evaluación de la gestión pública.

### c. Requisitos para ser Alcalde Local

La Constitución Política no señaló los requisitos para ser elegido Alcalde Local, pues, como ya se indicó, solamente aludió a este cargo público en el régimen especial del Distrito Especial de Bogotá. Sin embargo, el régimen especial de los otros distritos, contenido en la Ley 1617 de 2013, al indicar los requisitos para ser Alcalde Local remitió a aquellos exigidos para el Alcalde Distrital consagrados en el artículo 30 *ibídem*. En efecto, de conformidad con los artículos 30 y 40 de dicha normativa:

*“Artículo 40. Requisitos para ser alcalde local. Para ser alcalde local se debe cumplir con los mismos requisitos que el alcalde distrital.*

*El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial, inhabilidades, incompatibilidades y todo lo relacionado con el cargo conforme a las disposiciones legales vigentes. Su período será el del alcalde distrital y el costo de estas asignaciones salariales será cubierto por los recursos propios del distrito”.*

*“Artículo 30. Requisitos para ser alcalde distrital. Para ser elegido alcalde distrital se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo distrito o de la correspondiente área metropolitana durante un (1) año anterior a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época”.*

De este modo, las normas transcritas establecen claramente que los requisitos de ley para ser Alcalde Local son los mismos exigidos para ser Alcalde Distrital, los cuales se circunscriben a ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente en la localidad respectiva durante un (1) año anterior a la fecha de la inscripción o durante el periodo mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época. Nótese que la ley no otorgó facultades a ninguna autoridad local para establecer requisitos adicionales, ni señaló que se trataba de requisitos mínimos, razón por la cual no se pueden adicionar los consagrados en la ley para el ejercicio del cargo.

Inclusive, repárese que el Decreto-Ley 785 de 2005, por medio de la cual se establece la clasificación de las funciones y requisitos de los empleos de las entidades territoriales que se rigen por la Ley 909 de 2004, dispone que los requisitos específicos para el ejercicio de los empleos de las entidades territoriales serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a lo previsto en esa normativa y los que establezca el Gobierno

<sup>135</sup> Artículo 32 de la Ley 489 de 1998: “Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública (...)”.

nacional, “...salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales...”, en cuyo caso para el acceso a ese empleo público basta con acreditar los señalados en la Constitución o la ley (arts. 2 y 24), como sucede tratándose del cargo de Alcalde Local en el que la ley los fija directamente.

De tal manera que la determinación de los requisitos para el ejercicio del cargo de Alcalde Local es reserva del legislador y ninguna autoridad local se encuentra legitimada para crear, fijar o exigir requisitos diferentes o adicionales a los ya referidos.

En suma, el Alcalde Local debe cumplir los requisitos previstos en la ley para el ejercicio del cargo y, adicionalmente, acreditar no estar incurso en alguna inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses. Dichos requisitos son reserva del legislador, motivo por el que, se insiste, solamente este puede establecerlos, adicionarlos o modificarlos.

## 2. El voto en blanco

### a. Evolución normativa

Antes de abordar el voto en blanco, resulta necesario señalar que el artículo 40 de la Constitución Política<sup>136</sup> consagra uno de los derechos principales en una democracia participativa: el derecho a elegir y ser elegido que se hace posible a través del ejercicio del voto. El voto tiene dos modalidades en nuestro ordenamiento jurídico: i) el voto derecho-deber y ii) el voto función.

El primero de ellos, esto es, el voto como derecho y deber de todo ciudadano para participar en las elecciones populares a través de su ejercicio, está recogido en el artículo 258 de la Constitución Política. Esta modalidad de voto ha sido denominada por la doctrina: “voto popular” o “sufragio directo” y definida en los siguientes términos<sup>137</sup>:

*“Es el que funciona en el “sufragio directo”, cuando directamente y sin que se actúe como representante, es el pueblo el que elige o decide en elección sobre sus gobernantes o sus leyes”.*

Esta modalidad de voto es aquella en la cual el elector de manera directa y sin ningún tipo de mediación, elige a quienes lo van a gobernar; es decir, es el voto que *“ocurre cuando*

136 Dispone el artículo 40 de la C. P.: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

137 Vives Echeverría, José Ignacio. “Tratado de derecho electoral colombiano”. Editorial Temis. Año 1984, p. 11.

*sin ningún tipo de mediación, el pueblo elige o decide en elección sobre sus gobernantes o sus leyes*<sup>138</sup>.

La segunda modalidad es el “voto función”, conocido también como “voto indirecto” o “sufragio indirecto”, el cual corresponde a aquel que emiten los representantes elegidos por la ciudadanía en ejercicio de la representación popular para elegir algunos gobernantes o cumplir competencias, como cuando se adoptan las leyes. Este voto no es un voto popular sino calificado debido a que lo otorga el mandatario del pueblo en ejercicio del principio democrático de la representación popular y en cumplimiento de una función pública. La doctrina lo define así<sup>139</sup>:

*“Es el que funciona dentro del sistema democrático acorde con el criterio de las soberanía radicada en la nación, y más concretamente, el que emiten los representantes elegidos por el pueblo en elecciones generales, para designar a los gobernantes o adoptar las leyes de un Estado; se trata pues, de un voto emitido en ejercicio del concepto de la representación popular”.*

En la actualidad algunos de los artículos que se refieren a la primera modalidad de voto son el 190 y el 258<sup>140</sup> de la Constitución Política:

*“Artículo 190. El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años, por la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley. (...)”.*

*“Artículo 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualmente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos”.* (Resalta la Sala).

Como puede apreciarse, la Constitución Política se refiere al voto como un derecho y un deber ciudadano para los cargos de elección popular y, además, señala que el Estado debe velar porque se ejerza de manera libre y en forma secreta, y prevé la posibilidad de que el legislador implemente mecanismos que otorguen mayores garantías para su libre ejercicio. En cuanto a la elección del primer mandatario dispone que debe ser elegido de manera directa y secreta.

138 Sánchez Torres, Carlos Ariel. Derecho Electoral Colombiano. Tercera Edición. Editorial Legis. Año 2000, p. 90.

139 Sánchez Torres, Carlos Ariel. Ob. cit, p. 90.

140 Modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2003 y el artículo 9° del Acto Legislativo 01 de 2009.

Respecto al voto función, existen varias disposiciones en la Carta Política que asignan a los representantes elegidos popularmente su ejercicio. En cuanto al Congreso de la República, por ejemplo, el artículo 133<sup>141</sup> prevé que sus miembros son representantes del pueblo y deben actuar consultando la justicia y el bien común. Igualmente, señala esta norma que el voto es nominal y público, excepto cuando la ley lo establezca en forma diversa. Además consagra la responsabilidad política de los congresistas ante la sociedad y frente a sus electores por el desempeño de sus funciones y el cumplimiento de sus obligaciones. Otros ejemplos de esta clase de voto se encuentran en los artículos 141 y 173 de la C. P. los cuales atribuyen, en su orden, la elección del Contralor General de la República al Congreso en pleno y del Procurador General de la Nación al Senado.

En vista de sus características, considera la Sala que el procedimiento de elaboración de las ternas por las juntas administradoras locales para el posterior nombramiento del Alcalde Local por la primera autoridad del distrito, se enmarca dentro de la modalidad del voto función, toda vez que sus miembros la hacen en cumplimiento de un deber legal, en representación de sus electores y mediante procedimiento de carácter público. Por lo que se refiere al voto en blanco, el parágrafo 1º del artículo 258 señala:

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

La norma constitucional transcrita regula el voto en blanco en las elecciones populares y le reconoce efectos cuando del total de los votos válidos aquellos constituyan la mayoría, evento en el cual ordena repetir la elección sin que puedan inscribirse los mismos candidatos ni listas.

El marco constitucional vigente en esta materia es fruto de la evolución del voto en blanco en nuestro ordenamiento jurídico en diferentes momentos, en los cuales se le ha otorgado distintos efectos, pues unas veces no tuvo validez, llegando a equiparse al voto nulo o a la tarjeta no marcada y, en otras ocasiones, se consideró un voto válido. El concepto de esta Sala del 7 de diciembre de 2015<sup>142</sup>, se analizó la evolución del voto en blanco, así:

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

141 Artículo 133 de la C. P. modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009 dispone: “Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”.

142 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de diciembre del 2015. Rad. 11001-03-06-000-2015-00029-00 (2244).

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

*Asimismo el voto es un importante vehículo para exteriorizar la insatisfacción o frustración hacia un sistema político, los candidatos o las opciones en contienda, y es en este contexto en el que emerge el mayor valor del voto en blanco y su necesidad. La legislación colombiana ha evolucionado en cuanto a la aceptación y efectos otorgados al voto en blanco, como se aprecia en el siguiente breve recuento histórico. (...) El artículo 258 de la Constitución de 1991, en su redacción original, nada establecía respecto al voto en blanco. Por otra parte la Ley 84 de 1993 en su artículo 14 definió el voto en blanco y prácticamente le negó efectos jurídicos al tenor de su texto:*

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

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

*Dicha ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, básicamente por haber sido tramitada como ley ordinaria, cuando debió ser por ley estatutaria, mediante sentencia C-145 de 1994 (...).*

*Para suplir el vacío que dejó tal inexecutable, y con el ánimo de tener un ordenamiento electoral más acorde con la nueva realidad constitucional, se profirió la Ley 163 de 1.994 que establece:*

*‘ARTÍCULO 17: Voto en blanco. Voto en blanco es aquel que fue marcado en la correspondiente casilla. La tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco.’*

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

*‘ARTÍCULO 11. El artículo 258 de la Constitución Política quedará así:*

*El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualmente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos*

*políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.*

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

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

*Finalmente, el Acto Legislativo 01 de 2009 –norma vigente– reza (...):*

A propósito del mismo tema, la Sección Quinta de esta Corporación en Sentencia del 9 de marzo de 2012 se pronunció en el siguiente sentido<sup>143</sup>:

*“...[D]e la evolución normativa del voto en blanco, se observa que este ha tenido tres momentos diferentes: (i) el primero de ellos, en el que el voto en blanco carecía de cualquier tipo de efecto político, en la medida en que era equiparado a los votos nulos o a los no marcados; por demás, no era considerado ni en la papeleta ni en el tarjetón electoral; (ii) una segunda etapa, en la que adquirió un lugar específico en los tarjetones, de suerte que la ciudadanía podía expresamente hacer uso de esta modalidad de voto, algunas veces con un determinado efecto jurídico en la medida en que incidía directamente en el cuociente electoral, y en otras sin ningún alcance, pero, en todo caso, no equiparable ni a los votos nulos ni a los no marcados<sup>144</sup>, es decir, un voto válido y (iii) actualmente como un voto válido con la posibilidad de invalidar las elecciones de cualquier cargo de elección popular, siempre y cuando obtenga una determinada mayoría, con la consecuente repetición de la respectiva elección por una sola vez”.*

Actualmente, como se deduce sin ninguna dificultad del texto del artículo 258 C. P., el voto en blanco es reconocido como una forma válida y legítima de expresión de disenso o inconformidad en las elecciones de cargos populares, el cual, cuando constituye mayoría en relación con los votos válidos, tiene los efectos prescritos en la norma. En efecto, la Sección Quinta de esta Corporación ha puntualizado que<sup>145</sup>:

143 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 9 de marzo de 2012. Rad. 11001-03-28-000-2010-00029-00.

144 “[...] Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado, lo siguiente: “De manera que, cuando el elector no marca en la tarjeta electoral casilla alguna de candidato o el del voto en blanco, es decir no incorpora ninguna marcación en la tarjeta electoral, en realidad, no expresó su voluntad política, no depositó voto alguno. Este es un criterio del legislador que surge de lo anterior y guarda armonía con lo dispuesto en la ley 163 de 1994, en el sentido de que, en los términos del artículo 17, “La tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco. [...] Pero cuando la persona acude al puesto de votación no utiliza en la tarjeta electoral una de las expresiones del sentido del voto dispuestas por el legislador señaladas en la tarjeta electoral, en realidad, no ha votado, pues la ley no le otorga a esa conducta efecto jurídico alguno, ni es contabilizable por tanto para efectos de cociente electoral”. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 24 de noviembre de 1999, Expediente 1891”.

145 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 9 de marzo de 2012. Rad. 11001-03-28-000-2010-00029-00.

***“El voto en blanco debe entenderse, en una democracia como la nuestra, como la manifestación expresa que hace el elector de disenso, rechazo o descontento frente a las opciones que le han sido presentadas o lo que estas pueden representar, vgr. continuismo, corrupción, entre otros.***

*Este voto tiene su fundamento en el derecho que tiene el ciudadano de participar en la contienda electoral y ser parte del sistema democrático, al ejercer su derecho a una oposición activa. En este caso, el ciudadano quiere participar y hacer visible su inconformismo con las diversas propuestas y/o candidatos por no satisfacer sus necesidades sociales, económicas o políticas, máxime cuando esa manifestación tiene en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de hacer que una candidatura no se pueda volver a presentar a las nuevas elecciones que se deben convocar en el caso de las elecciones unipersonales o las listas que no alcancen el umbral, en el evento de las elecciones para corporación pública, hecho que no sucede en otros sistemas jurídicos. Es decir, el voto en blanco es una opción que permite al ciudadano expresar de forma positiva, clara y contundente el desacuerdo con las propuestas en contienda”.* (Resalta la Sala).

En similar dirección, la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de votar en blanco en los certámenes electorales bajo la siguiente filosofía<sup>146</sup>:

***“El voto en blanco es una forma de participar en política y expresar inconformismo frente a las candidaturas de una determinada contienda electoral. Se ejerce al escoger la opción, “voto en blanco”, en las elecciones para alcaldes, gobernadores, miembros de una corporación pública o primera vuelta presidencial. Así como el voto se utiliza, en general, para apoyar a la opción política de la preferencia, el voto en blanco constituye otra opción política, que rechaza el acceso a un cargo público de quienes se han presentado como candidatos. En ese sentido, es un acto de participación política, pues implica concurrir a las urnas para tomar una decisión colectiva que consiste en desestimar la idoneidad de todos los candidatos para exigir que las votaciones se realicen con otros candidatos”.*** (Resalta la sala).

Asimismo, la mencionada corporación de justicia identificó los elementos que diferencian el fenómeno de la abstención y el voto en el blanco, así<sup>147</sup>:

***“En ese orden de ideas, el voto en blanco no se puede asimilar a la abstención, pues mientras esta última refleja que la ciudadanía no está involucrada en el ejercicio participativo de la toma de decisión, el voto en blanco es una forma activa de participar, de expresar una opinión de inconformismo con los candidatos específicos, y de solicitar que la elección sea en otros términos. Además, por regla general, con la abstención no se ejerce el derecho, ni se cumple el deber del voto; en cambio, con el voto en blanco, sí se ejerce el derecho y se cumple el deber de votar. En la abstención no existe la posibilidad de limitar el derecho de un ciudadano a ser elegido y pedirle que retire su candidatura, mientras que con el voto en blanco sí.***

<sup>146</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-221 de 2015. M. P. Gloria Ortiz Delgado.

<sup>147</sup> Ibidem.

*La única similitud entre la abstención y el voto en blanco, en concreto, es que en ambos casos se omite manifestar el apoyo a un candidato específico, pero no son situaciones equiparables, pues quien se abstiene de votar muestra, principalmente, una apatía a concurrir al ejercicio colectivo de toma de decisiones. Mientras que, en efecto, el voto en blanco sí significa una oposición a los candidatos particulares, aunque no frente al sistema electoral en su conjunto...”* (Resalta la sala).

En conclusión, en nuestro sistema jurídico el voto en blanco es un acto de manifestación política, forma de disenso, inconformidad u oposición, no frente al sistema electoral sino respecto a los candidatos o listas puestas a su disposición y entre los cuales se le pide al ciudadano escoger, por no satisfacer, a juicio de los electores, las necesidades económicas, políticas y sociales que demanda el ejercicio de un cargo público en un momento determinado; sin embargo, no puede asimilarse a la abstención, pues, mientras el voto en blanco es una forma de participación en la contienda o certamen electoral, en la abstención no la hay, toda vez que no se cumple con el deber de votar ni con el ejercicio de ese derecho por diferentes razones.

## **b. Efectos del voto en blanco**

El párrafo 1º del artículo 258 de la C. P. ya comentado, le otorga efectos al voto en blanco en las elecciones para alcaldes, gobernadores, miembros de una corporación pública o primera vuelta presidencial, cuando del total de los votos válidos, los votos en blanco constituyan mayoría, caso en el cual se deben repetir las elecciones, con la condición de que en las elecciones unipersonales no podrán presentarse a las siguientes elecciones los mismos candidatos ni en las de corporaciones públicas las listas que no hayan alcanzado el umbral.

Esta Sala en el concepto atrás citado, en relación con los efectos del voto en blanco indicó:

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

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

*‘ARTÍCULO 9º. El párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución Política quedará así:*

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

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

*Aclara la sentencia que:*

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

*Explicado esto, se acota que el voto en blanco además tiene efectos en los mecanismos constitucionales para la asignación de curules en las corporaciones públicas de elección popular. Es así que el artículo 263 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, prevé el denominado “umbral electoral” como aquel número mínimo de votos que debe alcanzar una lista electoral para corporaciones públicas y que la habilita para eventualmente acceder a la obtención de curules, previa aplicación de la “cifra repartidora”.*

*Este umbral se encuentra previsto en un tres por ciento (3%) de los votos sufragados para Senado de la República o en un cincuenta por ciento (50%) del cociente electoral en el caso de las demás corporaciones. En ese escenario el voto en blanco debe computarse para efectos de establecer el umbral electoral, dado el reconocimiento de su existencia y validez. No ocurre lo mismo al momento de calcular la “Cifra repartidora” prevista en el artículo 263A, y que “resulta de dividir por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer”.*

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

En esta línea de pensamiento, se infiere que la Constitución Política únicamente le otorga efectos al voto en blanco en las elecciones para alcaldes, gobernadores, miembros de una corporación pública o primera vuelta presidencial, cuando del total de los votos válidos, los votos en blanco constituyan mayoría, caso en el cual se deben repetir las elecciones, con la condición de que en las elecciones unipersonales no podrán

presentarse a las siguientes elecciones los mismos candidatos ni en las de corporaciones públicas las listas que no hayan alcanzado el umbral.

### **3. Efectos del voto en blanco emitido por los miembros de las Juntas Administradoras Locales en la conformación de la terna para la designación de Alcalde Local**

Las Leyes 1617 de 2013 y 136 de 1994<sup>148</sup> no se refieren al procedimiento de evaluación y selección de las hojas de vida de los candidatos inscritos, ni al de votación por parte de las Juntas Administradoras Locales para conformar las ternas con base en las cuales el Alcalde Distrital debe llevar a cabo la elección de los alcaldes locales y menos aún establecen los efectos del voto en blanco<sup>149</sup>.

El artículo 39 de la Ley 1617 de 2013 tan solo dispone que cada localidad debe tener un alcalde local nombrado por el alcalde distrital de terna elaborada por la Junta Administradora Local respectiva, en asamblea pública, citada por la autoridad distrital y con un quórum mínimo obligatorio del 80% de sus miembros. Esta norma, como se indicó, es similar a la consagrada en el artículo 323 de la C. P. para la designación de alcaldes locales del Distrito Capital y se reitera en varios artículos del Decreto Distrital 0581 de 2004.

Sobre el particular vale la pena destacar que el acto de la Junta Administradora Local, que contiene la citada terna para postular candidatos, es de carácter preparatorio y preliminar, pues no pone fin a la actuación, comoquiera que la culminación de esta se produce con la expedición por parte del Alcalde Mayor del acto definitivo de nombramiento de uno de los ternados como alcalde menor<sup>150</sup>. Naturalmente, sin la conformación de la terna no se puede llevar a cabo la designación en propiedad de dicho funcionario para la buena marcha de la administración.

Es así que esta actuación comporta, en un primer momento, el cumplimiento de un deber legal consistente en la realización de la terna, del cual no le es posible sustraerse a este órgano plural y de ahí que sus miembros no puedan abstenerse de votar. Sin embargo, en principio, como expresión de su inconformismo o disenso en la elección, es posible jurídicamente que un edil miembro de las juntas administradoras locales vote en blanco por todos o por uno de los candidatos inscritos para formar parte de la terna con base en la cual el Alcalde Mayor, en un segundo momento, debe designar al respectivo

148 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

149 En contraste, a manera de ejemplo, en el Distrito Capital de Bogotá se expidió la Circular 000 de 2004, modificada por la Directiva 001 de 2004, expedidas por la Secretaría Distrital de Gobierno, mediante la cual se fijó el "Procedimiento para la Elaboración de Ternas para el nombramiento de Alcaldes Locales del Distrito Capital de Bogotá". Asimismo, mediante Circulares 002 y 005 de 2012 se expidió el "Instructivo para el proceso de integración de ternas para designación de alcaldes locales 2012-2015".

150 Al respecto se pronunció el Consejo de Estado: "...el acto administrativo que contiene ternas para postular candidatos es un acto preparatorio o de trámite que no pone fin a la actuación administrativa y, por consiguiente, no es susceptible de acusación ante esta jurisdicción contencioso administrativa, dado que aquella solo culmina con el acto mediante el cual se declara la correspondiente elección... En síntesis, para esta Sala es claro que los actos de conformación de ternas son preparatorios o de trámite, comoquiera que esa actuación busca iniciar el procedimiento de elección, lo impulsa y lo conduce hacia la decisión definitiva. Entonces, cuando se conforma la terna se produce un acto preparatorio, de trámite, dirigido a la producción de un acto definitivo". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 16 de octubre de 2003. Rad. No. 17001-23-31-000-2003-0667-01(3140).

Alcalde Local<sup>151</sup>, excepto cuando no sea aceptada por el Alcalde Mayor y la devuelva en razón de considerar que uno, algunos o todos los candidatos de la terna no cumplen requisitos y condiciones para el cargo<sup>152</sup>.

Empero, si todos los miembros de la aludida corporación pública votan de esa manera, ello implica no solo que ninguno de los candidatos inscritos obtiene la mayoría necesaria para integrar la terna, sino que esta no haya sido debidamente conformada y, por consiguiente, se reitera, sin este acto preparatorio o de trámite no existe forma de poner fin al procedimiento de elección del Alcalde Local, mediante la respectiva decisión definitiva de designación por el Alcalde Mayor.

Sobre este aspecto, es menester recordar que la Constitución Política, al referirse al voto en las elecciones populares en el artículo 258, determina que el voto es un derecho y deber ciudadano, y que corresponde al Estado velar porque se ejerza sin ninguna coacción y de manera secreta. La norma constitucional consagra cuatro principios que rigen el derecho al voto en Colombia y que lo conciben de manera universal, igualitaria, directa y secreta. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por la Ley 16 de 1972 (art. 23) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968 (art. 25), al reconocer en forma expresa los derechos políticos de los ciudadanos, refuerzan el carácter secreto del derecho al voto para garantizar la libre expresión de la voluntad de los electores.

Según la Corte Constitucional, el voto secreto como garantía del ciudadano en el régimen democrático, se justifica en *“...la medida en que se garantiza al ciudadano que el sentido de su elección no será conocido por las demás personas, situación que le permite ejercer su derecho de sufragio sin temer represalias o consecuencias adversas, con lo cual podrá ejercer su derecho de sufragio de manera completamente libre. Sobre esta característica ha de añadirse que en la doctrina se entiende que el derecho a emitir el voto en secreto es un derecho subjetivo que reside únicamente en cabeza de los ciudadanos. Ello significa que si bien las personas pueden exigir de la administración electoral que tome las medidas necesarias para que el contenido de su voto permanezca en reserva, el carácter secreto del voto no es exigible en relación con el ciudadano que decide hacer pública su orientación política”*<sup>153</sup>.

Se advierte, entonces, que uno de los principios del “voto deber” es su reserva, recogido tanto en nuestra Carta Política como en los tratados internacionales, característica que, sin duda, constituye uno de los grandes logros democráticos para garantizar la libertad en el ejercicio del voto por parte de los ciudadanos en las elecciones populares.

No obstante, en el caso del “voto función”, a partir de la reforma introducida al artículo 133 de la C. P. por el Acto Legislativo 01 de 2009, se estableció como principio general para los miembros del Congreso de la República que su voto será nominal y público, a menos

151 Como ya se expresó, el voto en blanco constituye una manifestación política expresa y válida que hace el elector de desenso, rechazo o descontento frente a los candidatos inscritos en una elección.

152 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 4 de diciembre de 2013 (Radicación: 25000-23-41-000-2013-00490-01).

153 Corte Constitucional. Sentencia T-261 del 28 de mayo de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que la ley señale lo contrario. Este canon constitucional consagra la responsabilidad política de estos servidores ante la sociedad y frente a sus electores en el ejercicio de sus funciones debido a que como los elegidos actúan en representación de sus electores deben *“actuar consultando la justicia y el bien común”*, de manera que es este el *“[p]rocedimiento con el que indudablemente se permite que los partidos y movimientos políticos tengan control efectivo respecto de las actuaciones de sus militantes y, por ende, puedan darle aplicación a sus estatutos cuando quiera que sus directrices sean desconocidas”*<sup>154</sup>. Respecto de las demás modalidades del voto función, se considera que el carácter reservado del voto se mantiene, pues no existe norma alguna que disponga lo contrario. En este sentido, la Sección Quinta de esta Corporación, con fundamento en la Sentencia C-1017 de 2012 de la Corte Constitucional<sup>155</sup>, precisó que según la clase de elección, la votación debía ser secreta para unos casos y pública para otros, así:

*“La primera que busca asegurar la composición de otros órganos del Estado, a partir de ternas que le son presentadas a su consideración por otros poderes públicos, en las que el voto secreto “garantiza plenamente la preservación de la independencia y de la libertad del elector”.*

*La segunda, “en la que se participa de forma directa en la conformación del poder político, a través de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos”; en la que el voto secreto pierde su razón de ser, porque cobra relevancia el régimen de bancadas, “con el fin de evitar el transfuguismo de los miembros de una colectividad que ha tomado partido con la presentación pública de un candidato y que, por ese mismo hecho, ha fijado con anterioridad el sentido de su votación. Como ejemplos se encuentran la elección de los integrantes de cada una de las comisiones constitucionales permanentes (C. P., art. 142) y de los magistrados que integran el Consejo Nacional Electoral (C. P., art. 264)” (...)*

*La tercera, que se verifica en aquellos casos que la elección tiene como fundamento la libertad de cada uno de los miembros del Congreso para postular y elegir, razón que justifica la votación secreta. Como ejemplo de esta, la Corte destacó expresamente la del Secretario General de cada cámara y la designación del Vicepresidente de la República, entre otros...”*<sup>156</sup>.

Siguiendo el criterio jurisprudencial, es posible afirmar entonces que el voto que emiten los miembros de las Juntas Administradoras Locales frente a los candidatos inscritos para conformar la terna con base en la cual se designará al Alcalde Local conserva el carácter secreto, con la finalidad de garantizar la independencia de los ediles, en unas elecciones libres y sin coacciones y en las que se preserve su criterio individual en lo referente al

154 En relación con dicha disposición esta Corporación señaló: “En el artículo 133 constitucional, a fin de fortalecer el régimen de bancadas y dar consecuencias jurídicas a su transgresión, se estableció como regla de procedimiento que el voto de los miembros de cuerpos colegiados de elección directa sería nominal y público, excepto en los casos que determinara la ley. Procedimiento con el que indudablemente se permite que los partidos y movimientos políticos tengan control efectivo respecto de las actuaciones de sus militantes y, por ende, puedan darle aplicación a sus estatutos cuando quiera que sus directrices sean desconocidas. Empero, más importante que ello, es que a través de la exigencia constitucional del voto nominal y público, se garantice una efectiva representación popular y la materialización de los principios de justicia y bien común en el asunto electoral a cargo del Congreso de la República”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 6 de octubre de 2011 (Radicación No.11001-03-28-000-2010-00120-00).

155 En la que analizó la exequibilidad del artículo 3º, literal a) de la Ley 1431 de 2011, que modificó el 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992 y del artículo 136, numeral 2º, también de la Ley 5ª de 1992 y fijó la interpretación que debía darse a esa normativa.

156 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 19 de septiembre 2013 (Radicación: 11001-03-28-000-2012-00059-00).

examen y valoración de la idoneidad y experticia de las personas que aspiran a ejercer un cargo y que se someten a un proceso complejo de elección y posterior nombramiento.

Con similar orientación la Sección Quinta de esta Corporación, al estudiar la viabilidad de que los ediles voten por segunda vez ante la necesidad de recomponer la terna cuando ya elaborada alguno de sus integrantes renuncia o se devuelve por que alguno de ellos no cumple con los requisitos establecidos en la ley o incurre en inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución y en la ley, enfatizó el carácter secreto de este tipo de votación:

*“Si se llegara aceptar, como lo pretende la recurrente, que solo pudieran emitir su voto los ediles que lo hicieron por el candidato que se retira o los que se abstuvieron de votar, conllevaría consigo, aunado a las trasgresiones previamente dichas, el desconocimiento que este tipo de nominaciones implican, en principio, una votación secreta, pues tienen como fundamento la libertad de cada uno de los miembros de la Junta Administradora Local-JAL para elegir entre los aspirantes que cumplan requisitos, lo que traería consigo la imposibilidad de conocer el candidato por el cual cada miembro de la Corporación emitió su voto. (...) Se trasgrediría la condición secreta que este tipo de votaciones, como se indicó anteriormente, lo que violaría la libertad de elegir que tiene cada uno de los miembros de la Junta Administradora Local”<sup>157</sup>. (La Sala resalta).*

De hecho, una consecuencia inevitable de haberse votado en blanco por parte de todos los ediles de la Junta Administradora Local en el evento materia de consulta, es el de levantar el secreto al voto, pues, en tal caso, por fuerza del resultado es obvio que se ha dado a conocer el sentido por el que optó cada uno de sus miembros en la votación, sin que, por consiguiente, esta característica del voto pudiera excusar en dicho evento el deber que les incumbe a tales servidores públicos de exponer las razones que los condujeron a esa decisión colectiva o voluntad del órgano plural de rechazar a los candidatos inscritos para la terna.

Sin embargo, en el caso que se consulta, esto es, cuando todos los miembros de la Junta Administradora Local convergen o coinciden en votar en blanco, dicho sentido del voto impide que se cumpla con el agotamiento de la etapa previa e indispensable de conformación de la terna y, por ende, imposibilita la expedición por el Alcalde Mayor del acto definitivo de nombramiento del alcalde de la localidad respectiva. Es decir, esa manifestación de desaprobación por parte de los ediles frente a todos los aspirantes inscritos, pese a que acreditan los requisitos legales, no solo frustra la conformación de la terna sino también obstruye la designación en propiedad del Alcalde Local por parte del Alcalde Mayor, caso en el cual es necesario dar a conocer las razones que fundamentaron tal decisión.

Así, teniendo en cuenta que el voto en blanco emitido en forma unánime por los ediles representa una decisión colectiva que consiste en desestimar la idoneidad de todos los candidatos e impide culminar el procedimiento de escogencia y nombramiento del

157 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 4 de diciembre de 2013 (Radicación: 25000-23-41-000-2013-00490-01).

alcalde local, les corresponde en tal caso a estos servidores públicos señalar y explicar en forma detallada al Alcalde Mayor, a sus electores y a la ciudadanía en general, las razones que los llevaron a no integrar la terna, no obstante existir candidatos inscritos que reúnen los requisitos de ley.

La anterior exigencia se justifica, en el entendido de que la elaboración de la terna es una obligación impuesta por la ley a los miembros de la junta administradora local en virtud de la representación respecto de sus electores en la correspondiente localidad, de manera que su ejercicio debe consultar la justicia y el bien común, y perseguir el logro de fines estatales que van más allá del interés particular del titular de la función<sup>158</sup>. A su vez, esta función pública se cumple mediante el adelantamiento de una actuación administrativa de contenido electoral, tendiente a la vinculación de un servidor público en la administración distrital local, de modo que se subordina al servicio de los intereses generales y, por tanto, le resultan aplicables, entre otros, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad<sup>159</sup>, transparencia y coordinación, que gobiernan este tipo de actuaciones (art. 209 C. P. en concordancia con el art. 3 CPACA). En consonancia con ello, el Decreto Distrital 0581 de 2004 en el artículo 4 señala de manera clara y precisa lo siguiente:

*“Artículo 4. Principios. Las autoridades del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias ejercerán sus competencias conforme a los lineamientos del Plan de Desarrollo y del Plan de Ordenamiento Territorial y demás normas modificatorias de este, con sujeción a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Sus funciones administrativas se regirán por los principios de eficacia, eficiencia, publicidad, transparencia, moralidad, responsabilidad, igualdad, equidad e imparcialidad”.* (La Sala subraya).

Todo lo dicho hasta ahora, explica porque si bien los ediles gozan de independencia y discrecionalidad para elegir a los aspirantes que conformarán la terna, no pueden ejercer arbitrariamente esta función, pues tal actuación, se insiste, debe estar revestida de los principios de la función pública como son la publicidad y transparencia, dado que en virtud de estos es que la ley ordena llevar a cabo la asamblea pública<sup>160</sup> a fin de que la ciudadanía se involucre y pueda participar en el control y evaluación de la gestión pública. Los ediles en su condición de servidores públicos y miembros de una corporación pública, en desarrollo de sus obligaciones tienen la facultad de tomar decisiones vinculantes para toda la ciudadanía, pero deben rendir cuentas de cada una de sus decisiones, exponiendo los argumentos que las justifican para que sus electores aprueben, reclamen o soliciten el control de dichos actos.

158 Conforme al artículo 2° de la C. P.: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. La importancia de estos fines respecto del ejercicio de la función consiste en que deben guiar la actuación de las autoridades, de manera que el ejercicio de sus competencias se avenga con los propósitos del Estado Social y Democrático de Derecho.

159 Artículo 209 de la C. P.: “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. (...)”.

160 Artículo 32 de la Ley 489 de 1998: “Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública (...)”.

Los artículos 14 y 15 del Decreto Distrital 0581 de 2004 expedido por la Alcaldía de Cartagena de Indias D.T. y C. confirman esta conclusión al regular la obligación a cargo de los ediles de conformar la terna, en los siguientes términos:

*“Artículo 14. Las Juntas Administradoras Locales, a través de sus directivas presentaran (sic) ante la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana Distrital, el mismo día de la integración de las ternas, el acta donde conste la realización de la asamblea y las respectivas hojas de vida de los aspirantes, documentadas con los estudios y experiencias que se registren en las mismas; hasta las cinco (5:00) p. m.”*

*“Artículo 15. La Secretaría del Interior, presentará al Alcalde Mayor, dentro de los dos días siguientes a la recepción de las ternas, un informe detallado sobre el proceso llevado a cabo y una evaluación de las hojas de vida de los aspirantes.”* (La Sala resalta).

Obsérvese que el decreto distrital en cita reitera la obligación a cargo de los ediles de elaborar la terna en asamblea pública y de la Secretaría del Interior del Distrito de presentar un informe detallado al Alcalde Distrital sobre el proceso que se llevó a cabo.

En síntesis, la función de integración de la terna se sujeta a principios constitucionales y legales, los cuales son reiterados en la norma distrital, cuyo propósito es garantizar que el procedimiento que se adelante para ese fin esté precedido de una gestión transparente, eficaz e imparcial en la evaluación, votación y selección de los candidatos inscritos y cuando no se logre la integración de la terna por la junta administradora local, se tenga la seguridad de que dicho proceso está dotado de transparencia y publicidad a fin de permitir al Alcalde Mayor, a los electores y a la ciudadanía en general ejercer un control sobre sus decisiones.

Ahora bien, frente a los efectos de la votación en blanco por parte de todos los miembros de las Juntas Administradoras Locales que impiden la conformación de la terna para designar al Alcalde Local, debe reiterarse que no existe disposición constitucional o legal alguna que regule tal situación ni le otorgue precisos efectos al voto en blanco en este tipo de actuaciones.

En efecto, el parágrafo 1° del artículo 258 de la C. P. es una norma de carácter especial que aplica exclusivamente a las elecciones para alcaldes, gobernadores, miembros de una corporación pública o primera vuelta presidencial y, además, porque tratándose de una disposición superior de carácter restrictivo de acceso a la función pública (arts. 122 y ss. C. P.), no resulta jurídicamente viable su aplicación por analogía<sup>161</sup>, ni admite interpretación extensiva. Dicha limitación se entiende en el escenario de una elección democrática por votación popular, de manera que una votación mayoritaria en blanco es entendida como una manifestación de desaprobación o de inconformidad de los candidatos inscritos, lo que justifica en los términos del artículo 258 de la Constitución Política la realización de nuevas elecciones sin que puedan inscribirse los mismos candidatos<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> Artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

<sup>162</sup> Ya se puntualizó por esta Sala en otra oportunidad: “El voto en blanco, en principio, carece de valor en las elecciones de los Concejos Municipales cuyos reglamentos contienen estipulaciones como las consagradas por el actualmente vigente para el municipio de Santiago de Tolú (Sucre). La Constitución Política solo tiene consagrados, como efectos del voto en blanco, aquellos señalados de manera precisa en su artículo

En esa medida, ante la ausencia de norma constitucional o legal que regule la materia relativa los efectos del voto en blanco de los miembros de las juntas administradoras locales, es necesario acudir a los reglamentos internos que expidan las autoridades territoriales con ajuste al ordenamiento jurídico y a su competencia, los cuales, tal como lo ha manifestado esta Corporación<sup>163</sup>, “...pueden contener disposiciones electorales de obligatorio cumplimiento [y] por lo tanto, si ellos establecen formalidades para la elección de funcionarios de [su] competencia (...), tal requisito debe cumplirse en forma estricta pues de lo contrario está viciado de nulidad”<sup>164</sup>.

Por consiguiente, la Sala encuentra que en la Resolución No. 005 de 2011 “*Por medio de la cual se actualiza y se introducen algunas reformas al Reglamento Interno de la Junta Administradora Local Histórica y del Caribe Norte y se dictan otras disposiciones*”, la cual regula el voto en blanco en los siguientes términos:

*“Artículo 59. VOTO EN BLANCO: El voto en blanco se tendrá en cuenta para determinar el quórum para toma de decisiones, mas no para determinar la mayoría en las votaciones”.*

De acuerdo con la anterior disposición, se observa que para el caso de las votaciones que realicen los miembros de la Junta Administradora Local de la Localidad Histórica y del Caribe Norte, la norma local le reconoce la posibilidad de votar en blanco en cualquier tipo de elecciones, en el sentido de que el voto se tendrá en cuenta para determinar el quórum en la toma de decisiones, lo cual significa que tales votos se contabilizan para establecer si existió o no el quórum decisorio exigido en las normas. Así, en la elección del Alcalde Local de la Localidad Histórica y del Caribe Norte del Distrito de Cartagena de Indias los votos en blanco son reconocidos únicamente para establecer el quórum mínimo exigido en el artículo 39 de la Ley 1617 de 2013, para la realización de la asamblea pública que exige un quórum mínimo del 80% de sus miembros.

No obstante, el artículo en mención a pesar de reconocer la posibilidad del voto en blanco para ser computado en el quórum decisorio, lo deja sin efectos para la decisión misma cuando señala que no se tiene en cuenta para determinar la mayoría en las votaciones; es decir, los votos en blanco en una votación de la junta administradora local no se contabilizan para efectos de determinar la mayoría, o sea, no cuentan para la decisión. Bajo este presupuesto normativo de su reglamento, se advierte que en las asambleas públicas que realice la Junta Administradora Local de la Localidad Histórica y del Caribe Norte, los votos en blanco de los ediles son permitidos y se contabilizan para determinar el quórum mínimo del 80% que exige la ley; sin embargo, no se contabilizan para determinar la mayoría en la votación, es decir la norma no le reconoce efectos. Por lo tanto, en caso de presentarse una votación en blanco por parte de todos los ediles para la conformación de la terna de la cual se elegirá el alcalde local, si bien todos los votos en blanco emitidos permiten la realización de la asamblea pública cumpliendo el quórum exigido en la ley, no tienen efectos jurídicos prácticos, pues se le resta eficacia decisoria

258. Lo anterior sin perjuicio de lo que se enuncia en la última respuesta en este concepto para el evento en que de hecho opera como desaprobarción respecto de una propuesta singular presentada al elector”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de diciembre del 2015 (Rad. 11001-03-06-000-2015-00029-00 (2244)).

163 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de diciembre de 2015 (Rad. 11001-03-06-000-2015-00029-00).

164 Nota original: “Sentencias del 30 de junio de 1993, Radicación número: 1030, y del 19 de marzo de 1997. Radicación número: 1652”.

en la votación. En esa medida la asamblea pública debe realizarse nuevamente con la misma lista de los candidatos previamente inscritos.

En resumen, el voto en blanco constituye una manifestación política expresa que hace el elector, de disenso, inconformidad, rechazo o descontento frente a los candidatos inscritos, de manera que es posible jurídicamente que un edil miembro de las juntas administradoras locales decida votar en ese sentido frente a los candidatos inscritos para formar parte de la terna con base en la cual el Alcalde Distrital elegirá y designará al respectivo Alcalde Local. Sin embargo, como quiera que la norma local no le reconoce efectos, los votos en blanco no se contabilizan para determinar la mayoría, lo cual en el caso materia de consulta en que todos los miembros de la Junta Administradora Local de la Localidad Histórica y del Caribe Norte del Distrito de Cartagena votaron en blanco, conlleva a celebrar nuevamente la asamblea pública y someter nuevamente a votación de los ediles los candidatos inscritos, advirtiendo que debe llevarse a cabo la votación hasta tanto se cumpla con la obligación legal impuesta de conformar la terna.

Finalmente, no puede olvidarse que los ediles son servidores públicos que están al servicio del Estado y de la comunidad y, en tal virtud, ejercen funciones públicas en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, por lo que el incumplimiento de sus funciones puede generarles responsabilidades de diversa índole.

#### **4. Facultad del Alcalde Distrital de encargar temporalmente a un funcionario como Alcalde Local**

El artículo 314 de la Constitución Política<sup>165</sup> preceptúa que: “[e]n cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente (...)”. (Resalta la Sala).

Por su parte, el artículo 315 *ejusdem*, al consagrar las atribuciones del alcalde en el numeral 3º establece que este debe: “Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes”.

El Régimen de los Distritos Especiales que trae la Ley 1617 de 2013 dispone que, además de las funciones consagradas en la Constitución, la ley y los acuerdos distritales, al Alcalde Distrital le corresponde, entre otras: “Orientar la acción administrativa de las autoridades y dependencias distritales hacia el desarrollo territorial integral, considerado como un factor determinante para impulsar el desarrollo económico y mejoramiento social de la población del respectivo distrito”. (Num. 1 del art. 31).

<sup>165</sup> Modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 02 de 2002.

De este marco normativo se desprende que: i) el alcalde es la primera autoridad política del municipio o distrito, representante legal y jefe de la administración local y, en tal calidad, le corresponde dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y su continuidad, y ii) es deber de estas autoridades administrar y fomentar los intereses públicos para que haya continuidad y regularidad en la administración y el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

Justamente, la Corte Constitucional en Sentencia C-208 de 2008 reconoce y destaca la importancia de la figura del alcalde en los siguientes términos:

*“El alcalde, además de ser el representante de la comunidad local ante instancias seccionales y nacionales, es igualmente responsable de la concreción de las políticas y planes institucionales, diseñados con la participación de los diferentes niveles del Estado para ser puestos en práctica a instancias suyas. El alcalde se erige como el representante más directo y visible de los intereses de la población y que mejor los canaliza hacia otras esferas públicas. Entonces, la institucionalización está diseñada de tal forma que hace imprescindible la actuación constante del alcalde en la gestión de los asuntos locales. (...) Cuando se altera el ámbito funcional de este servidor público, se trastoca la institucionalidad de su conjunto, pues el alcalde es la autoridad por excelencia de la entidad fundamental de la organización política y administrativa del Estado: el municipio”.*

Ahora bien, la Ley 1617 de 2013 en el artículo 4º prevé que el gobierno y la administración del distrito están a cargo del concejo distrital, el alcalde distrital, los alcaldes locales, las juntas administradoras locales y demás entidades que se creen. De conformidad con el artículo 36 ibídem, cada localidad en el distrito está sometida en los términos establecidos en la ley y los acuerdos distritales, a la autoridad del alcalde distrital, de una junta administradora y del respectivo alcalde local. A su turno, a las autoridades locales les compete la gestión de los asuntos propios de su territorio, y a las distritales garantizar el desarrollo y ordenamiento armónico e integrado de la entidad territorial.

En este contexto, no cabe duda que el gobierno distrital está conformado por diferentes autoridades territoriales definidas en la ley junto con sus competencias, pero bajo la dirección del Alcalde Distrital, quien como representante legal del territorio y jefe de la administración distrital tiene la responsabilidad de orientar las autoridades distritales para lograr el desarrollo económico y mejoramiento de las condiciones de la población.

Definido lo anterior, debe anotarse que, según el inciso primero del artículo 125 de la Constitución Política<sup>166</sup>, los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. A su vez, el inciso segundo del precepto en cuestión establece que los funcionarios de carrera cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la ley, serán nombrados por concurso público de méritos. Contrario sensu, cuando la Constitución o la ley fijen en forma expresa

<sup>166</sup> Dispone el artículo 125 que: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

el procedimiento para el nombramiento del funcionario respectivo, el cargo deberá ser provisto en la forma en que lo dispongan las normas que los regulan.

Como se ha dicho varias veces, los alcaldes locales de los Distritos deben designarse atendiendo el procedimiento previsto en la Ley 1617 de 2013, según el cual tales servidores públicos serán nombrados por el Alcalde Mayor de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local. No obstante, cuando a pesar de haberse surtido el procedimiento previsto en la ley no se conforma la terna, corresponde al Alcalde Distrital, en ejercicio de sus funciones y facultades constitucionales y legales, designar en encargo un funcionario que de manera transitoria o temporal asuma las funciones de alcalde local hasta tanto se lleve a cabo la elaboración de la terna y la designación del alcalde local en propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en la ley. En efecto, las funciones asignadas por la ley a las Alcaldías Locales no pueden quedar suspendidas por tiempo indefinido, so pena de afectar el desarrollo de los planes y programas de la localidad o retrasar su cumplimiento y, por ende, obstaculizar los objetivos trazados por el gobierno distrital.

En relación con la naturaleza de los cargos de Alcaldes Locales de las Localidades que conforman el Distrito Turístico de Cartagena de Indias, resultan aplicables, *mutatis mutandi*, las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-395 de 2003, para sustentar que los Alcaldes Locales del Distrito Capital son funcionarios de libre nombramiento y remoción<sup>167</sup>:

*“En la sentencia C-368/99 se declaró constitucional tal caracterización. Se dijo en el fallo: ‘Como funcionarios cuya designación surge de la conjunción de voluntades de las juntas administradoras locales y del alcalde mayor, los alcaldes locales representan los proyectos políticos sustentados por las juntas y el alcalde mayor. A los alcaldes menores les corresponde participar en la realización de esos proyectos, para lo cual asumen funciones de dirección política –para aplicar el proyecto político en su localidad– y se mantienen en una relación de extrema confianza con la cabeza de la administración, el alcalde mayor. Las razones anteriores son suficientes para establecer la constitucionalidad de la clasificación del empleo de alcalde local como de libre nombramiento y remoción.’// Las normas y la jurisprudencia no dejan duda alguna sobre la facultad que el Alcalde Mayor tiene de remover a los alcaldes locales. Debe admitirse entonces, que son de libre nombramiento y remoción, aunque de una categoría especialísima porque la designación, por mandato constitucional y legal, no puede apartarse de una terna que responda al sistema del cuociente electoral, y una vez designado el alcalde local, él queda sometido al régimen de los funcionarios de la administración distrital. Lo anterior indica que para efectos de faltas disciplinarias debe actuarse según un debido proceso”. (Resalta la Sala).*

Así, en tratándose de los cargos de libre nombramiento y remoción, el inciso 3º del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, en materia de encargos prescribe:

<sup>167</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-395 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*“Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva”.*

Por consiguiente, hasta tanto se conforme la terna para la designación del Alcalde Local en cumplimiento del procedimiento establecido en la ley, el Alcalde Distrital se encuentra legalmente facultado para encargar a quien reúna los requisitos legales del cargo. Dicho encargo puede recaer en un funcionario de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Para la Sala esta solución procede ante una situación excepcional y transitoria, teniendo en cuenta que, según lo informado, a pesar de que se adelantó el procedimiento previsto en la Ley 1617 de 2013, frente al voto en blanco de todos los ediles no se conformó la terna que permitiera al Alcalde Distrital designar al Alcalde Local correspondiente. Así, ante la falta absoluta del funcionario, compete al Alcalde Distrital encargar de las funciones de Alcalde Local a quien desempeñará el mencionado cargo hasta tanto la Junta Administradora Local elabore la terna para llevar a cabo la designación definitiva del Alcalde Local de la Localidad Histórica y del Caribe Norte del Distrito.

Lo expresado hace innecesario que la Sala se manifieste frente a la aplicación extensiva de la Sentencia C-011 de 1994<sup>168</sup> que se sugiere en la consulta en cuanto a la procedencia del nombramiento de funcionarios interinos.

En conclusión, al presentarse una falta absoluta del cargo de alcalde local, con el fin de no afectar la continuidad en la prestación de los servicios, programas en materia de inversión, la participación de los ciudadanos y, en general, las funciones de la administración de la localidad, podrá el Alcalde Mayor, con fundamento en las normas generales que regulan el empleo público (artículo 24, inciso tercero, de la Ley 909 de 2004), designar en forma temporal al alcalde local mediante encargo de un empleado de la administración que cumpla con los requisitos de ley para dicha designación en propiedad, con la advertencia, en todo caso, de que el encargo no puede ser de manera indefinida, puesto que, además de que la norma que lo habilita para ello establece un plazo de duración de los encargos, la Junta Administradora Local debe cumplir con su obligación de elaborar dicha terna.

Por último, la Sala advierte que la conformación de la terna es un deber legal que les asiste a los ediles de las juntas administradoras locales, de manera que si bien es jurídicamente viable el voto en blanco, no es menos cierto que no puede ser un expediente para excusar a las juntas administradoras locales del cumplimiento de este deber de cara a satisfacer el interés general y los fines públicos que les corresponde garantizar en el desarrollo de su labor. Asimismo, es menester evaluar la necesidad de establecer en los reglamentos internos que pueden expedir las autoridades territoriales

<sup>168</sup> Al parecer por un error de transcripción en la consulta se cita la Sentencia C-011 de 1991, que verificada en su contenido corresponde a la Sentencia C-011 de 1994 de la Corte Constitucional.

el procedimiento que debe atenderse para la inscripción, evaluación y calificación de los aspirantes inscritos al cargo de Alcalde Local.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

1. *¿Es conforme al ordenamiento jurídico colombiano que los ediles de las Juntas Administradoras Locales voten en blanco para no conformar la terna de candidatos de la cual el Alcalde Mayor nombraría al Alcalde Local?*

En principio, es posible jurídicamente que los Ediles de las Juntas Administradoras Locales voten en blanco frente a los candidatos inscritos para conformar la terna con base en la cual el Alcalde Distrital debe designar al Alcalde Local, puesto que nuestro ordenamiento jurídico reconoce dicha modalidad de voto como una manifestación política expresa que hace el elector, de disenso, inconformismo o rechazo frente a los candidatos inscritos en una elección.

Sin embargo, la Sala advierte que la conformación de la terna es un deber legal que les asiste a los ediles de las juntas administradoras locales, y que se cumple mediante un voto función, de manera que si bien es jurídicamente viable el voto en blanco, no es menos cierto que no puede ser un expediente o instrumento para excusar a las juntas administradoras locales del cumplimiento de este deber cuya finalidad es la de satisfacer el interés general y los fines públicos que les corresponde garantizar en el desarrollo de su labor y del cual no pueden abstenerse, máxime cuando, de conformidad con la Resolución No. 005 de 2011, que contiene el reglamento interno de la Junta Administradora Local Histórica y del Caribe Norte del Distrito de Cartagena, el voto en blanco no tiene efectos en sus decisiones.

Además, si bien los ediles gozan de independencia y discrecionalidad para elegir a los aspirantes que conformarán la terna, el ejercicio de dicha función no puede ejercerse en forma arbitraria, pues tal actuación, se insiste, debe estar revestida de los principios de la función pública.

Finalmente, no puede olvidarse que los ediles son servidores públicos que están al servicio del Estado y de la comunidad y, en tal virtud, ejercen funciones públicas en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, por lo que el incumplimiento de sus funciones puede generarles responsabilidades de diversa índole.

2. *¿Es ajustado al ordenamiento jurídico votar en blanco respecto al procedimiento citado sin exponer las razones que motivan esta decisión de voto en blanco?*

En el caso que se consulta, esto es, cuando todos los miembros de la Junta Administradora Local convergen o coinciden en votar en blanco, dicho sentido del voto impide que se cumpla con el agotamiento de la etapa previa e indispensable de conformación de la terna y, por ende, imposibilita la expedición por el Alcalde Mayor

del acto definitivo de nombramiento del alcalde de la localidad respectiva. Es decir, esa manifestación de desaprobación por parte de los ediles frente a todos los aspirantes inscritos, pese a que acreditan los requisitos legales, no solo frustra la conformación de la terna sino que también obstruye la designación en propiedad del alcalde local por parte del Alcalde Mayor, caso en el cual es necesario conocer las razones que fundamentaron tal decisión.

De hecho, una consecuencia inevitable de haberse votado en blanco por parte de todos los ediles de la Junta Administradora Local, es el de levantar el secreto al voto, pues, en tal caso, por fuerza del resultado es obvio que se ha dado a conocer el sentido por el que optó cada uno de sus miembros en la votación, sin que, por consiguiente, esta característica del voto pudiera excusar en dicho evento el deber que les incumbe a tales servidores públicos de exponer las razones que los condujeron a esa decisión colectiva o voluntad del órgano plural de rechazar a los candidatos inscritos para la terna.

En este evento, teniendo en cuenta que el voto en blanco emitido en forma unánime por los ediles –según se informa en la consulta– representa una decisión colectiva que consiste en desestimar la idoneidad de todos los candidatos e impide culminar el procedimiento de escogencia y nombramiento del alcalde local, les corresponde en este caso a estos servidores públicos señalar y explicar de manera detallada al Alcalde Mayor, a sus electores y a la ciudadanía en general, las razones que los llevaron a no integrar la terna, no obstante existir candidatos inscritos con los requisitos exigidos. Lo anterior, comoquiera que se trata de un deber impuesto por la ley, que debe cumplirse en ejercicio de una competencia consagrada en virtud de la representación respecto de sus electores en la correspondiente localidad, y puesto que están desarrollando una función pública de contenido electoral al servicio de los intereses de la comunidad, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

3. *¿Es conforme al ordenamiento jurídico, que existiendo candidatos inscritos válidamente dentro de dicho procedimiento, que cumplen los requisitos legales para ocupar el cargo del Alcalde Local, la Junta Administradora Local se abstenga a través del voto en blanco de conformar una terna?*

Es posible según el ordenamiento jurídico votar en blanco en los procesos de elección, pues, como se indicó, constituye una forma de manifestar un descontento o disenso en una determinada elección o votación; sin embargo, no puede asimilarse a la abstención, ya que en esta no hay un ejercicio del derecho al voto, dado que votar en blanco es una forma activa de participación por parte de los ediles que expresa un inconformismo total frente a los candidatos inscritos para la Alcaldía Local. No obstante, el voto en blanco no tiene efectos en la decisión, esto es para determinar la mayoría, según lo previsto en la Resolución No. 005 de 2011 que contiene el reglamento interno de la Junta Administradora Local Histórica y del Caribe Norte del Distrito de Cartagena, razón por la cual la votación en blanco generalizada y unánime por parte de los ediles implica que no hubo decisión en la votación, de manera que se debe realizar nuevamente la asamblea pública con los candidatos previamente inscritos y la votación hasta tanto se conforme la terna para la designación del alcalde local.

4. *¿Puede la Junta Administradora Local exigir requisitos adicionales a los contemplados en la ley para aspirar al cargo de alcalde local?*

No. Ni las juntas administradoras locales ni otra autoridad del distrito están facultadas legalmente para establecer o exigir requisitos adicionales a los previstos en la Constitución y la ley para aspirar al cargo de Alcalde Local, pues tal competencia está reservada al legislador.

5. *De considerarse no conforme al ordenamiento jurídico, la decisión de la Junta Administradora Local, ¿qué acciones o decisiones administrativas debe adoptar el Alcalde Mayor para que la Junta Administradora Local ajuste su decisión al ordenamiento jurídico?, ¿debe fijar una nueva fecha para que con los aspirantes inscritos inicialmente se conforme la terna?, ¿debe fijar nueva fecha para que la JAL en audiencia pública conforme la terna sin restringir la participación o inscripción de otros candidatos?*

Como ningún candidato o aspirante inscrito obtuvo el número de votos exigidos para integrar la terna para la designación del Alcalde Local, se debe cumplir el procedimiento previsto en el artículo 41 de la Ley 1617 de 2013, el cual ordena que ante la falta absoluta de un alcalde local, corresponde al alcalde distrital citar a asamblea pública para que los miembros de la Junta Administradora Local conformen la terna para su designación. En este caso, al no tener efectos la votación en blanco que en forma unánime realizaron los ediles, el ejercicio electoral debe repetirse con la misma lista de candidatos inscritos, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la ley para el ejercicio del cargo.

Adicionalmente, cabe señalar que, atendiendo las funciones asignadas a las alcaldías locales, la imperiosa necesidad de que el gobierno local no quede acéfalo y se pueda garantizar el cumplimiento oportuno y la continuidad en los planes y programas, el Alcalde Distrital con fundamento en las normas generales que regulan el empleo público (artículo 24, inciso tercero, de la Ley 909 de 2004), puede designar en forma temporal mediante encargo a un empleado de la administración que cumpla con los requisitos de ley, quien desempeñará las funciones de Alcalde Local hasta tanto se lleve a cabo el procedimiento previsto en la ley para la conformación de la terna y la designación en propiedad del alcalde local, con la advertencia, en todo caso, de que el encargo no puede ser de manera indefinida, puesto que, además de que la norma que lo habilita para ello establece un plazo de duración de los encargos, la Junta Administradora Local debe cumplir con su obligación de elaborar dicha terna.

6. *¿Pueden indefinidamente las Juntas Administradoras Locales abstenerse de conformar la terna, por razones no contempladas en el ordenamiento jurídico?*

No. Aunque el voto en blanco no es una forma de abstención, como ya se indicó, sino una manifestación posible en una elección, como en este caso no surte efectos decisivos según el reglamento interno de la Junta Administradora Local y se trata de cumplir una función legal, es deber de esa corporación pública conformar la terna para nombrar el cargo del Alcalde Local. Cabe advertir que el incumplimiento de los deberes de los

servidores públicos, así como incurrir en las prohibiciones contempladas en los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002, puede dar lugar a una falta disciplinaria sancionable, siempre que corresponda a las conductas definidas en las normas citadas y previo el procedimiento previsto en la ley disciplinaria.

7. *¿A qué mecanismos puede acudir el Alcalde Mayor para exigir a la Junta Administradora Local el cumplimiento del deber legal de conformación de la terna en la fecha en que se fije para el efecto?*

En virtud del principio de coordinación, las autoridades deben concertar sus actividades con las diferentes instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos (art. 3, numeral 10 del CPACA). Por lo tanto, en desarrollo de este principio, el Alcalde Distrital y las Juntas Administradoras Locales deben coordinar de manera permanente el ejercicio de sus funciones a fin de que el gobierno de las localidades se pueda cumplir de manera oportuna y eficaz en beneficio de la ciudadanía. Así las cosas, corresponde al Alcalde Distrital convocar nuevamente y a la mayor brevedad a Asamblea Pública para que la junta administradora local cumpla con su función de conformar la terna para la designación del alcalde local.

Es pertinente señalar que, en caso de que se observe la posible configuración de faltas disciplinarias por parte de los miembros de la Junta Administradora Local, por el incumplimiento del deber legal de conformar la terna para el nombramiento del Alcalde Local, es menester dar traslado de dicha situación a las autoridades disciplinarias competentes para lo de su cargo.

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.

---

## IV. CONTRATACIÓN ESTATAL

---



## 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

Fecha: 09/04/2013

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra (e)*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 24 de abril de 2017

El Director General del Departamento Nacional de Planeación consulta a la Sala sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), así como sobre la jurisdicción que sería competente para conocer de las controversias contractuales en las que sea parte, a la luz del Estatuto General de Contratación Estatal y de lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

### I. Antecedentes

1. La consulta describe la naturaleza jurídica y el objeto de Fonade, y manifiesta que dicha entidad, a lo largo de su historia, ha estado sometida a diferentes regímenes jurídicos en materia de contratación.
2. Es así como, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, antes de que fuera modificado por la Ley 1150 de 2007, los contratos que celebraba Fonade, en su condición de entidad financiera de carácter estatal, dentro del giro ordinario de sus negocios, no se regían por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias y reglamentarias), sino por las disposiciones del derecho privado.
3. Posteriormente, el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, mediante la cual se reformó la Ley 80 de 1993, estableció que “... *Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen*”.
4. Dicha disposición fue derogada expresamente por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, con lo cual, en criterio del consultante, el régimen de contratación aplicable a Fonade volvió a ser el mismo que tenía antes de la Ley 1150 de 2007, es decir, el de derecho privado.
5. Finalmente, se comenta en la consulta que el artículo 105, numeral 1 del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), Ley 1437 de 2011, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conoce de las “*controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando*

*correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos”.*

6. Con base en dicho recuento, el Director del Departamento Nacional de Planeación concluye que, en principio, los contratos celebrados por Fonade, como entidad financiera del Estado, cabrían en la excepción consagrada en el artículo 105, numeral 1º del CPACA, razón por la cual, de los conflictos que surjan en relación con los mismos no conocería la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sino la Justicia Ordinaria. Sin embargo, manifiesta que esta solución no resulta del todo clara, habida consideración de las siguientes particularidades:
  - a. Aunque Fonade es una entidad financiera del Estado, es una institución de carácter especial, sometida a una regulación igualmente especial, dado que no realiza solamente operaciones financieras sino que, dentro del giro ordinario de sus negocios, celebra otra clase de contratos y realiza otro tipo de operaciones, incluyendo convenios interadministrativos para la gerencia integral de proyectos, así como los que se requieren para el cumplimiento de dichos convenios, tales como contratos de obra pública, de consultoría, de compraventa etc.
  - b. Durante el lapso comprendido entre las leyes 1150 de 2007 y 1450 de 2011, Fonade celebró contratos sometidos íntegramente a la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, en los cuales incluyó cláusulas exorbitantes propias de la contratación administrativa, como la de caducidad y las de interpretación, modificación y terminación unilaterales. Algunos de dichos contratos se encuentran vigentes y podrían generar debates judiciales.
  - c. La mayoría de los conflictos a los que podrían dar lugar los contratos suscritos por Fonade no son, en consecuencia, típicos negocios financieros, sino contratos de diversa índole celebrados por el Fondo para ejecutar los convenios interadministrativos que suscribe con diferentes entidades públicas, y así cumplir su misión como agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo.

Los anteriores planteamientos conducen a las siguientes **PREGUNTAS:**

- “1) *¿Cuál es el Juez competente para conocer las controversias en las que sería parte el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (**Fonade**), diferentes a las derivadas de las actividades financieras que realice la Entidad, ya sea que actúe como demandante o como demandado, en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto 288 de 2004?*
- 2) *¿Cuál es el Juez competente para conocer las controversias en las que sería parte el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (**Fonade**), en las que estén involucradas la celebración, ejecución, terminación y liquidación de convenios interadministrativos*

*que celebre esta Entidad con otras Entidades Estatales que tengan o no el carácter de financieras?*

- 3) *¿Cuáles son los términos de caducidad o de prescripción de las acciones judiciales, para el caso de acudir a la Jurisdicción Ordinaria?*
- 4) *¿Fonade puede pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos que celebre con particulares, sean en cumplimiento de actividades financieras o como agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo?*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para responder los interrogantes formulados, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) La naturaleza jurídica y el objeto de Fonade; ii) el régimen jurídico aplicable a sus contratos; iii) la jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales en las que sea parte, y iv) los términos de prescripción y caducidad de las acciones.

#### A. La naturaleza jurídica y el objeto de Fonade

1. Fonade, como persona jurídica pública<sup>169</sup>, fue creado por el Gobierno nacional mediante el Decreto 3068 de 1968, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por la Ley 65 de 1967, como un establecimiento público denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con autonomía administrativa y patrimonio propio, y cuya función era financiar a entidades de derecho público o privado los estudios mencionados en el artículo 1º del citado decreto. Luego se reestructuró mediante el decreto 2168 de 1992, expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, pasando a ser una “*Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo*”<sup>170</sup>.

Posteriormente las disposiciones de este decreto fueron incorporadas en la Parte Décima<sup>171</sup>, Capítulo XII, artículos 286 a 289 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), expedido por el Gobierno nacional mediante el Decreto 663 de 1993. Más adelante el decreto 288 de 2004 modificó la estructura de Fonade, pero conservó su denominación y su naturaleza como empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero.

En relación con su objeto, el artículo 2º del decreto 288 de 2004 estableció que Fonade “*tiene por objeto principal ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en*

169 Aunque Fonade ya existía previamente, no era una entidad pública, sino una cuenta creada por el Departamento Nacional de Planeación, con base en la autorización otorgada por el decreto 2080 de 1967, como lo manifestó la Sala en el concepto N° 1773 del 4 de octubre de 2006.

170 Artículo 1º del decreto 2168 de 1992.

171 “*Entidades con regímenes especiales*”.

*cualquiera de sus etapas*".<sup>172</sup> En desarrollo de este objeto, el artículo 3º del decreto 288 de 2004 dispuso que Fonade podría realizar las siguientes actividades específicas:

- Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.
- Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.
- Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.
- Realizar operaciones de crédito externo o interno.
- Captar ahorro interno mediante la emisión de bonos, celebrando los contratos de garantía y agencia o pago a que hubiere lugar para estos efectos.
- Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.
- Realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional o con utilidades líquidas asignadas a la entidad.
- Vender o negociar su cartera o efectuar titularización pasiva de la misma.
- Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.
- Prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera y de banca de inversión.
- Impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con el desarrollo.
- Realizar inversiones de portafolio con los recursos que reciba en desarrollo de su objeto social.
- Manejar las cuentas en moneda nacional o extranjera que requiera para su operación o para el desarrollo de los proyectos que ejecute o administre, y
- Las demás que le sean asignadas<sup>173</sup>.

<sup>172</sup> Con esta norma se amplió el objeto de Fonade, ya que el artículo 2º del decreto 2168 de 1992 solamente se refería a *"la financiación y administración de estudios, y la coordinación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo"*.

<sup>173</sup> Mediante el Decreto 961 de 2005, el Gobierno nacional añadió una nueva función a Fonade, consistente en asociarse con personas privadas, o constituir cualquier tipo societario, bajo las condiciones previstas en ese decreto, para promover, fomentar y ejecutar proyectos de desarrollo turístico con beneficios económicos y sociales. Aunque dicho decreto no se encuentra vigente, las normas del mismo fueron incorporadas en los artículos 10.6.1.1.1 a 10.6.1.1.8 del decreto 2555 de 2010, *"por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones"*.

2. Ahora bien, lo indicado en el artículo 1º del decreto 288 de 2004 y en el artículo 286, numeral 1º del E.O.S.F., en el sentido de que Fonade es una empresa industrial y comercial del Estado “*de carácter financiero*”, así como el hecho de que se encuentra facultada para realizar algunas actividades y operaciones financieras, podrían ser argumentos insuficientes para concluir que dicho Fondo tiene la calidad de “entidad financiera” o “institución financiera”. Por ello, la Sala estima necesario extenderse en el análisis que le permita establecer si Fonade puede o no ser calificado como una **entidad o institución financiera** a la luz de las disposiciones vigentes.

En primer lugar, la revisión de la legislación vigente en materia financiera, en especial el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el decreto 2555 de 2010 y algunas resoluciones y circulares expedidas por la extinta Superintendencia Bancaria y la actual Superintendencia Financiera de Colombia, evidencia que no existe una distinción, a nivel normativo, entre las expresiones “entidad financiera” e “institución financiera”, dado que dichos términos son utilizados indistintamente para denominar a la misma clase de personas jurídicas, públicas o privadas, autorizadas legalmente para realizar actividades financieras, aseguradoras y otras que implican el manejo, inversión y aprovechamiento de recursos captados del público, motivos por los cuales entiende la Sala que se trata de locuciones sinónimas<sup>174</sup>.

Ahora bien, el artículo 90 de la Ley 45 de 1990<sup>175</sup> contribuye a clarificar la naturaleza jurídica de Fonade al disponer:

*“Artículo 90.- Instituciones financieras. Para los efectos de la presente ley se entiende por instituciones financieras las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, a quienes se aplicarán las reglas previstas en los artículos 23, 28, 73, 74 y 75 de esta ley”.*

A la luz de esta definición legal, Fonade es una “institución financiera”, pues, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 2168 de 1992, recogido en el artículo 289 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Fonade estaba sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cuyas funciones actualmente corresponden a la Superintendencia Financiera<sup>176</sup>.

Esta definición de “institución financiera” no pugna con lo dispuesto en el E.O.S.F. ni en ninguna otra disposición posterior, ya que en tales normas no se encuentra una definición distinta del mismo término. Por el contrario, dicha legislación confirma que Fonade es una institución o entidad financiera de propiedad estatal.

174 De acuerdo con el artículo 28 del Código Civil, “*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas... pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal*”.

175 La Ley 45 de 1990, “*por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones*”, definió la estructura del sistema financiero y asegurador colombiano, que posteriormente fue plasmada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) y que, en buena parte, se conserva hoy en día, a pesar de la tendencia creciente hacia el establecimiento de un esquema de banca múltiple o universal.

176 En virtud de su absorción por parte de la Superintendencia de Valores y la redenominación de esta última como Superintendencia Financiera de Colombia, conforme a lo ordenado en el Decreto 4327 de 2005.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 1º del E.O.S.F., donde se determina la estructura general del sistema financiero y asegurador colombiano, no menciona a Fonade ni, en general, a las entidades financieras estatales, el artículo 2º del mismo Estatuto, que describe las diferentes clases de establecimientos de crédito y su objeto principal, señala, en el primer inciso del numeral 8º, que lo dispuesto en esa norma “*se entenderá sin perjuicio del régimen de las instituciones financieras reguladas por normas especiales*”, de donde resulta claro que el E.O.S.F. reconoce la existencia de **otras** instituciones financieras, distintas de las mencionadas en el artículo 1º, las cuales pueden pertenecer, incluso, al tipo de los “establecimientos de crédito”.

En armonía con este análisis, el mismo Estatuto dedica toda una parte (la Décima) a compilar la normatividad aplicable a las que allí se denominan “*Entidades con regímenes especiales*”, las cuales son entidades públicas<sup>177</sup> que realizan actividades financieras o aseguradoras, y cuyo Capítulo XII está dedicado a Fonade. Vale la pena aclarar que, aun cuando la Parte Décima del E.O.S.F. no utiliza expresamente la denominación “*entidades financieras*”, la incorporación de dicha Parte en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como las explicaciones dadas previamente sobre la noción de “institución” o “entidad financiera”, permiten concluir que todas las instituciones reguladas en esa Parte Décima son, efectivamente, entidades **financieras** con regímenes especiales.

3. Para abundar en este sentido, el decreto 2555 de 2010, “*por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*”, confirma esta interpretación en su Parte Décima, denominada “*Entidades con regímenes especiales*”, que dedica el Libro VI a regular ciertas operaciones de Fonade. Adicionalmente, el artículo 1.2.1.6.6 del mismo decreto, que subrogó el artículo 77 del decreto 4327 de 2005, señala que “*para los efectos del presente Título (se refiere a las funciones de la Superintendencia Financiera) son **intermediarios financieros** los bancos, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento, las cooperativas financieras, las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación, las oficinas de representación de entidades financieras del exterior, y las **entidades públicas de carácter especial** como el Banco de la República, Finagro, Fogacoop, Fogafin, **Fonade**, Findeter...*” (Destaca la Sala), siendo pertinente recordar que los “intermediarios financieros” son una especie o clase de entidad o institución financiera.
4. Por otra parte, esta Sala, en diversas oportunidades, así como la doctrina de la antigua Superintendencia Bancaria y de la actual Superintendencia Financiera, han reconocido el carácter de “entidad financiera” que tiene Fonade, en particular, y en general, las entidades públicas u oficiales facultadas por la ley para realizar actividades financieras o aseguradoras. Así, por ejemplo, en el concepto N° 1773<sup>178</sup>, referente a la propiedad de los rendimientos financieros provenientes de recursos ejecutados por los establecimientos públicos del nivel nacional, la Sala manifestó:

177 En su mayoría, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

178 De fecha 4 de octubre de 2006. C. P.: Enrique José Arboleda Perdomo.

“(…) El artículo 40 se refiere en concreto a los recursos del Presupuesto General de la Nación que se ejecutan a través de convenios o contratos que celebran los órganos que conforman ese presupuesto, **con entidades financieras**. Desagregando su contenido se tiene que: “a) **aplica a las entidades financieras en general; Fonade tiene ese carácter** (…)” (Resalta la Sala).

Y en el concepto N° 1488<sup>179</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló:

“Dado este carácter reglado de la actividad financiera y del sector asegurador, las actividades principales que se incluyen en el objeto social serán las previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los estatutos internos que las rijan y en los certificados de autorización, como también las que de orden especial se consagren para entidades determinadas, tal es el caso de las disposiciones aplicables a las entidades de participación estatal, como Finagro, BCH en liquidación, Caja de Crédito Agrario en liquidación, IFI, FEN ...”

En cuanto a la doctrina de la extinta Superintendencia Bancaria y de la actual Superintendencia Financiera, aun cuando en ocasiones dichas autoridades han manifestado que el concepto de “institución financiera” debe reservarse a los tipos de entidades señalados en el artículo 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>180</sup>, en otros conceptos han reconocido el carácter de “entidad financiera” de las entidades públicas creadas o autorizadas por la ley para realizar actividades financieras o aseguradoras, tales como el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafín)<sup>181</sup>.

Las razones expuestas llevan a la Sala a concluir que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) es una entidad o institución financiera de carácter público.

## B. Régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por Fonade

Indica el Departamento Nacional de Planeación en la consulta que Fonade ha estado sometido, desde hace varios años, a diferentes regímenes en materia de contratación, los cuales se pueden resumir así:

### 1. Desde la Ley 80 de 1993 hasta la Ley 1150 de 2007

Con el propósito de universalizar el régimen de la contratación pública en Colombia, la Ley 80 de 1993 incluyó en su campo de aplicación a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tuviere una participación superior al 50%, tal como se desprende claramente de lo preceptuado en los artículos 1° y 2°. No obstante, el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 estableció una excepción para los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto, así:

179 Del 29 de mayo de 2003. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

180 Es decir, los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros.

181 Concepto N° 2002038624-1 del 17 de julio de 2002, emitido por la Superintendencia Bancaria.

*“Artículo 32. De los contratos estatales...”*

*“Parágrafo 1º. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.*

Por lo tanto, al ser Fonade una entidad financiera de carácter estatal, los contratos que celebraba dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto<sup>182</sup> no estaban sometidos a la Ley 80 de 1993 y se regían por las disposiciones que les fueran aplicables (E.O.S.F. y demás normas financieras, Código de Comercio, Código Civil, entre otras).

Por el contrario, los contratos que no correspondían al giro ordinario de las actividades propias de su objeto, estaban sujetos íntegramente a la Ley 80 de 1993, norma que, como es sabido, remite parcialmente al derecho privado, especialmente en lo relacionado con el objeto de los contratos (artículos 32 y 40). En este sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil, con relación a Fonade, en el concepto N° 1.773, antes citado, cuando expresó:

*“Con fundamento en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los bienes y servicios requeridos para su funcionamiento debe contratarlos como toda entidad estatal, en tanto que las actividades propias del giro ordinario de sus negocios se rigen por el derecho que les sea aplicable (...)”.*

Igualmente, en el concepto N° 1488 de 2003, ya citado, la Sala analizó extensamente el régimen aplicable a los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías aseguradoras y las demás entidades financieras estatales, y al respecto concluyó:

*“Estas primeras consideraciones conducen a la Sala a afirmar que existe un régimen mixto, de derecho público y de derecho privado, aplicable a las entidades financieras y del sector asegurador de carácter estatal en su contratación y que, por lo mismo, en cada caso particular deberá definirse la norma aplicable según el tipo o clase de vinculación del acto o contrato que se propone con las funciones administrativas o las actividades propias del denominado ‘giro ordinario’ del objeto social, que por disposición expresa del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es de carácter reglado”.*

## **2. Desde la Ley 1150 de 2007 hasta la Ley 1450 de 2011**

La Ley 1150 de 2007, “*por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*”, introdujo a la Ley 80 de 1993 una reforma integral,

<sup>182</sup> La Sala considera que la expresión “objeto social” debe reservarse a las sociedades de economía mixta, a las sociedades entre entidades públicas y a las demás entidades estatales de carácter societario.

aunque no total. En este sentido, el artículo 15 de dicha ley modificó el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual quedó así:

*“Párrafo 1º. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.*

Resalta la Sala que, a diferencia de la norma original, que se refería a los contratos “que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social”, la nueva redacción no incluyó tal condicionamiento, por lo cual debe concluirse que, desde la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007<sup>183</sup>, todos los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las aseguradoras y las demás entidades financieras de carácter estatal quedaron excluidos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. No obstante, la misma Ley 1150 de 2007 introdujo una regla especial para Fonade, en el artículo 26, del siguiente tenor:

*“Artículo 26. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.*

Disposición tan explícita encuentra explicación en los antecedentes de la Ley 1150 de 2007, donde se constata que fue propósito deliberado del Legislador, movido por diferentes consideraciones y motivos de conveniencia, someter plenamente a Fonade al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en condiciones similares a las de las demás entidades estatales, a pesar de su carácter de institución financiera. Con esta decisión, el Legislador creó, para Fonade, una excepción a la regla consagrada en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 15 de la ley 1150), regla que a su vez constituye una excepción a la aplicación universal de la Ley 80 a las entidades estatales, prevista, entre otras normas, en los artículos 1º y 2º de esta ley.

En esa medida resulta claro que, desde el 16 de enero de 2008, fecha de entrada en vigencia del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, todos los contratos que celebre Fonade, sin excepción, quedaron sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

### **3. A partir de la Ley 1450 de 2011. Cuestión constitucional**

Mediante la Ley 1450 de 2011, que entró a regir el 16 de junio de 2011, se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014”. En el artículo 276, que contiene una larga serie de derogatorias, se incluye la del **artículo 26** y la del inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007. El artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, como se mencionó, es el que sometía a Fonade a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública.

<sup>183</sup> 16 de enero de 2008, con excepción de los artículos 6º, 9º y 17.

A este respecto encuentra la Sala que la derogatoria del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, que trata de la contratación estatal, dispuesta en el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, que versa sobre el Plan Nacional de Desarrollo, resulta contraria al principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política,<sup>184</sup> y que en un caso similar la Corte Constitucional, en la sentencia C-331 de 2012, declaró inexecutable la derogatoria del parágrafo segundo del artículo 12 y del artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, efectuada por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, aduciendo, entre otras, las siguientes razones:

*“Adicionalmente, en relación con este tema, la Sala reitera las consideraciones expuestas en la sentencia C-149 de 2010, sobre la regulación y derogación de normas de leyes ordinarias mediante la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, en cuanto a que **la Ley del Plan Nacional de Desarrollo no puede ser utilizada para ‘vaciar de competencia al legislador ordinario, toda vez que esta ley tiene por objeto adoptar medidas concretas relacionadas con la “planeación”, es decir, obras o proyectos específicos incluidos en el Plan de Inversiones, de tal suerte que no resulta constitucionalmente admisible incorporar en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, medidas sobre contratación estatal, sistemas de salud o régimen pensional. La inclusión en el Plan Nacional de Desarrollo de materias ajenas al concepto de planeación, conduce en la práctica a evadir el debate democrático que debe darse al momento de tramitar un proyecto de ley ordinaria; lo cual afecta igualmente el principio de unidad de materia”**. (Resaltamos).*

Ya antes, en la sentencia C-149 de 2010, la Corte Constitucional había declarado inexecutable el artículo 79 de la Ley 1151 de 2007, *“por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”*; al considerar, entre otras razones, que dicha disposición invadía la órbita de competencia del legislador ordinario, al regular aspectos ajenos a la materia del Plan Nacional de Desarrollo.

Los mencionados antecedentes jurisprudenciales son razones que podrían sugerir a la autoridad que deba ejecutar en un caso concreto la norma cuestionada, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Carta Política.<sup>185</sup> Puesto que la norma legal presuntamente opuesta a la Constitución<sup>186</sup> es una disposición **derogatoria**, cuyo único efecto fue el de retirar definitivamente del ordenamiento jurídico un precepto legal anterior<sup>187</sup>, la consecuencia de inaplicarla, por inconstitucional, sería la de revivir la vigencia de la disposición derogada. Con todo, cabe recordar que sobre este asunto la Sala de Consulta, en el concepto N° 1956<sup>188</sup>, explicó lo siguiente:

*“Por otra parte, en un punto crucial para este concepto como son los efectos de la excepción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia consultada<sup>189</sup> es reiterada en señalar*

184 **Artículo 158.** *Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”.*

185 **Artículo 4°.** *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”*

186 El artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, parcialmente.

187 El artículo 26 de la Ley 1150 de 2007.

188 De fecha 10 de septiembre de 2009. C. P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

189 *Además de las Sentencias T-556 y C-600 de 1998, pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional, C-069 de 1995, SU 544 de 2001, T-201 y C803 de 2006 y la providencia A-105 de 2009”.*

*que la norma inaplicada lo será solo para el caso concreto y que la misma subsiste en el ordenamiento jurídico y no pierde su vigencia, por lo que seguirá teniendo aplicación general, mientras no sea derogada por el órgano competente o declarada con efectos ‘erga omnes’ su inexequibilidad.*

*“Bajo estos parámetros, puede sostenerse que los pronunciamientos jurisprudenciales citados en la consulta, en los que se consideró procedente la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Carta, no afectan la vigencia ni la validez del decreto..., lo cual significa que los efectos generales previstos en dicha norma siguen imperando, hasta tanto se produzca su derogación o la declaratoria de inexequibilidad con efectos “erga omnes”.*

Teniendo en cuenta que la excepción de inconstitucionalidad únicamente podría producir efectos en casos concretos, no tendría la entidad de enervar, con carácter general o *erga omnes*, la vigencia o la validez de la disposición legal. En efecto, al tratarse de una ley de la república, tal efecto únicamente podría ocurrir mediante la derogación de la norma por parte del legislativo, o la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional.

Por consiguiente, a pesar de las consideraciones de orden constitucional expuestas, se debe respetar el efecto jurídico general producido por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, lo cual significa que, mientras este no sea declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 permanecerá sin vigencia.

#### **4. Tres situaciones especiales**

Ahora bien, con el fin de determinar el régimen aplicable a los contratos celebrados actualmente por Fonade, es pertinente distinguir tres situaciones, a saber: i) los contratos celebrados por Fonade con particulares, ii) los contratos celebrados por Fonade con entidades públicas excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, y iii) los contratos celebrados por Fonade con las demás entidades estatales.

##### ***a. Los contratos celebrados por Fonade con particulares (incluyendo sociedades de economía mixta con participación estatal inferior al 50%).***

Los contratos que Fonade celebre con particulares, incluidas las sociedades de economía mixta con participación estatal inferior al 50%, no están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ya que siendo Fonade una entidad o institución financiera estatal, tales negocios jurídicos están cubiertos por lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, antes citados. En efecto, a diferencia de la norma original de la Ley 80 de 1993, que exceptuaba solamente los contratos de dichas entidades que correspondieran al “giro ordinario de las actividades propias de su objeto”, la modificación introducida mediante la Ley 1150 de 2007 excluyó la totalidad de los contratos celebrados por esas entidades, de tal manera que actualmente se encuentran por fuera del campo de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública todos

los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras estatales con particulares. Esta regla se extiende, incluso, a aquellos contratos que eventualmente no formen parte del giro ordinario de las actividades propias de su objeto.

No obstante, dichas entidades y contratos permanecen sujetos a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que señala:

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

En consecuencia, aunque a los contratos que celebren las entidades financieras públicas con particulares no se les aplica la Ley 80, estas deberán respetar y aplicar en su actividad contractual: i) los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, ii) los principios de la gestión fiscal consagrados en el artículo 267 de la Carta, cuando realicen actividades que impliquen gestión fiscal, y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública<sup>190</sup>.

Finalmente, conviene señalar que en esta clase de contratos no resulta jurídicamente viable pactar cláusulas exorbitantes o excepcionales, pues estas, como su nombre lo indica, son ajenas al derecho común o privado, en el que las partes contratantes se presumen jurídicamente colocadas en condiciones de igualdad. Nada impide, sin embargo, que conforme al principio de la autonomía de la voluntad y a las reglas del derecho privado, las partes en este tipo de contratos puedan estipular válidamente algunas cláusulas que, sin ser “exorbitantes”, produzcan efectos prácticos similares como, por ejemplo, las cláusulas penales y las cláusulas de terminación anticipada del contrato, entre otras.

#### ***b. Los contratos celebrados por Fonade con entidades públicas excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993***

Los contratos celebrados por Fonade con otras entidades que, a pesar de ser públicas, también están excluidas expresamente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentran exceptuados, así mismo, de dicho régimen, en iguales condiciones a las señaladas en el literal precedente.

Tal sería el caso, por ejemplo, de los contratos que celebre Fonade con otras instituciones financieras estatales o con empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades

<sup>190</sup> Ley 80 de 1993, con las adiciones y modificaciones incorporadas en esta materia por otras normas, como la ley 1150 de 2007, la Ley 734 de 2002 y la Ley 1474 de 2011.

de economía mixta con participación estatal superior al 50%, sus filiales, o sociedades entre entidades públicas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados<sup>191</sup>. Esta conclusión resulta obvia, pues si ninguna de las entidades que son parte en un contrato está sometida a la Ley 80 de 1993, mal podría aplicarse dicho Estatuto al respectivo contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, como ya se indicó.

Ahora bien, en este caso tampoco es posible convenir o incluir cláusulas exorbitantes en los respectivos contratos, por las mismas razones explicadas en el literal anterior.

### **c. Los contratos celebrados por Fonade con las demás entidades estatales**

Los contratos que Fonade suscriba con otras entidades públicas, sujetas a la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º, son contratos estatales que corresponden a la categoría de los “contratos interadministrativos” y por tanto están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ello es así porque, si bien a Fonade no se le aplica en principio la Ley 80 de 1993 en los contratos que celebra, a la otra entidad estatal sí se le aplica y está, por ende, obligada a cumplir con sus disposiciones.

Esta apreciación resulta confirmada por lo dispuesto en la Ley 1150, modificada por la Ley 1474 de 2011, en cuanto incluye la celebración de los contratos interadministrativos como uno de los casos en los que las entidades públicas pueden acudir a la “contratación directa”<sup>192</sup>, y especialmente por lo previsto en el artículo 2º, numeral 4º, literal c), inciso segundo, primera parte de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

*“Artículo 2º.- De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: “(...)*

*“4. **Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: “(...)*

*“c) **Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora... (...)***

*“En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos **estará en todo caso sometida a esta ley**, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el*

191 Artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.

192 Artículo 2º, numeral 4º, literal c). Como se sabe, la contratación directa es una de los procedimientos permitidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para celebrar contratos estatales.

*sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”*. (Resalta la Sala).

A continuación de la regla general de sujeción a la Ley 80 de 1993, la parte final de la norma transcrita introduce una salvedad, consistente en que, cuando la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado, o la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad, la ejecución de dicho contrato no estaría sujeta a la Ley 80 de 1993.

Este precepto crea algunas dificultades interpretativas, como la de definir si la actividad de una entidad pública está o no en competencia con el sector privado,<sup>193</sup> o la de establecer si la ejecución de un contrato interadministrativo guarda relación directa con la actividad de la entidad ejecutora. La interpretación literal de esta norma podría llevar al absurdo de concluir que, por ejemplo, si una entidad estatal, de aquellas definidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, celebra un contrato de suministro, de compraventa, de cuenta corriente bancaria o de prestación de servicios con una sociedad comercial privada, dicho negocio estaría sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Pero si celebra el mismo contrato con una empresa industrial y comercial del Estado o con una sociedad de economía mixta (con capital estatal superior al 50%) que se encuentre en competencia con el sector privado, entonces la ejecución de dicho contrato quedaría excluida de la Ley 80, a pesar de que las dos partes son entidades públicas.

Si se repara en que las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 tuvieron como propósito, en este punto, evitar los abusos cometidos por algunas entidades públicas mediante la contratación interadministrativa, principalmente por la intermediación de recursos estatales con entidades públicas exceptuadas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, en opinión de la Sala debería asumirse que, cuando la norma alude a la “*ejecución*” del contrato interadministrativo, se refiere a la celebración de los contratos derivados o “subcontratos” que se requieran para cumplir con las obligaciones asumidas por la entidad pública ejecutora.

En esa medida, si dicha entidad pública está en competencia con el sector privado, o la ejecución del convenio interadministrativo guarda relación directa con las actividades propias de la misma (como sería lo normal), los contratos derivados o “subcontratos” que tal entidad celebre con particulares, para cumplir con sus obligaciones frente a la otra entidad pública contratante, no estarían sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por el contrario, si la entidad pública ejecutora no estuviera en competencia con el sector privado, o la ejecución del convenio interadministrativo no tuviere, por alguna razón, relación directa con las actividades propias de su objeto, los contratos derivados

<sup>193</sup> Algunas veces, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta compiten con el sector privado **parcialmente**, es decir, solo en relación con algunas de sus actividades. Otras veces, dichas entidades públicas ofrecen bienes y servicios que, aun cuando no son idénticos a los que ofrece el sector privado, resultan sucedáneos o sustitutos de estos, razón por la cual, desde el punto de vista económico, se pueden considerar en competencia.

o los “subcontratos” que celebre para ejecutar las obligaciones contraidas en virtud del convenio interadministrativo, estarían sometidos al régimen de la Ley 80 de 1993<sup>194</sup>.

En todo caso, se resalta que, en la hipótesis analizada, **el contrato interadministrativo, en sí mismo**, en cuanto a su celebración, ejecución, terminación y liquidación, está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta, obviamente, las particularidades que dicho régimen consagra para los contratos interadministrativos, y considerando que, según el artículo 40 de la Ley 80, el objeto o “contenido” de los contratos estatales es el que, “*de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza*”, así como a “*las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes...*”, conforme al principio de la autonomía de la voluntad.

Justamente una de las particularidades de los contratos interadministrativos, en relación con los demás contratos estatales, radica en que no pueden incluir las denominadas “cláusulas exorbitantes o excepcionales” por expresa disposición del párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>195</sup>. Esta restricción obedece, principalmente, a que las dos entidades públicas contratantes se entienden dispuestas en un plano de igualdad, circunstancia que les impide imponer o ejercer frente a la otra potestades excepcionales o unilaterales. Por ello, técnicamente hablando, en esta clase de contratos no hay “contratantes” y “contratistas”, como habitualmente se califica a las partes en los contratos estatales, sino que las dos entidades públicas son contratantes o contrayentes.

### C. Jurisdicción competente para resolver los conflictos contractuales en los que sea parte Fonade

Paralelamente a los cambios que, en las dos últimas décadas, ha tenido el régimen jurídico sustancial aplicable a los contratos celebrados por Fonade, se han visto modificados también los criterios para establecer la jurisdicción competente para conocer y resolver los conflictos en los que sea parte dicha Entidad, originados en su actividad contractual. Ello se debe no solo a los cambios en su régimen contractual, sino también a la evolución de la jurisprudencia en esta materia y a las modificaciones normativas que se han presentado en relación con el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como pasa a explicarse.

#### 1. El decreto 01 de 1984

Cuando entró a regir la Ley 80 de 1993, estaba vigente el Código Contencioso Administrativo contenido en el decreto 01 de 1984. El artículo 83 de dicho decreto,

194 La Sala observa que esta interpretación guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011, sobre el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y otras.

195 “Artículo 14. 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: “(…)”

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad...

“Párrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales... se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”. (Se subraya).

modificado por el decreto 2304 de 1989, estatúa lo siguiente, en punto al objeto de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

*“Artículo 83. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y **los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas** y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto”. (Resaltamos).*

A su turno, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 señaló:

*“Artículo 75. Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. (...)”.*

## **2. La Ley 446 de 1996**

El artículo 30 de la Ley 446 de 1998 modificó el 82 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

*“Artículo 30. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:*

*‘Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*‘Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*‘La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.*

*‘Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.’*

## **3. La modificación introducida por la Ley 1107 de 2006**

La Ley 1107 de 2006 modificó, de nuevo, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

*“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.*

#### **4. La Ley 1437 de 2011, o nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**

1. Los artículos 104 y 105 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en torno al objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en general, y a la competencia para conocer de las controversias contractuales, en particular, dispusieron lo siguiente:

*“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, **contratos**, hechos, omisiones y operaciones, **sujetos al derecho administrativo**, en los que estén involucradas **las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa**. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
2. **Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.**
3. **Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.**
4. *Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.*

5. *Los que se originen en actos políticos o de gobierno.*
6. *Los **ejecutivos** derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, **igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.***
7. ***Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.***

“Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”. (Subrayas fuera del texto).

“Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo **no conocerá** de los siguientes asuntos:

1. ***Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos. (...)*** (Resalta la Sala).

La Ley 1437 de 2011 se fijó como propósito, en esta materia, establecer una regla general que permitiera determinar con claridad el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para lo cual optó por combinar el criterio orgánico (referido a la naturaleza de las personas o entidades involucradas: entidades públicas o particulares en ejercicio de funciones administrativas) con el criterio material, definido, en este caso, como la sujeción al derecho administrativo de los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones respectivos.

2. Sabiendo que, cualesquiera fuesen los criterios generales que se adoptaran, no serían suficientes para evitar los conflictos de competencia que con cierta frecuencia se presentan entre la Jurisdicción Contencioso Administrativa y otras Jurisdicciones, desde un punto de vista pragmático se decidió complementar dichos criterios con la enumeración de varios asuntos específicos que debían ser del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (segunda parte del artículo 104), y con varias **excepciones** (artículo 105), esto es, situaciones que, a pesar de encajar, en principio, dentro de los criterios generales o dentro de alguno de los casos especiales, no deberían ser competencia de esta Jurisdicción, por diversas razones.

Así, de conformidad con la parte inicial del artículo 104 del CPACA, los litigios originados en la celebración de contratos por parte de cualquier entidad pública o de un particular cumpliendo funciones administrativas, están sometidos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre que estén regulados por el derecho administrativo.

No obstante, el numeral 2 de la misma disposición (norma especial) advierte que serán del conocimiento de dicha Jurisdicción los conflictos relativos a los contratos en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, *cualquiera que sea su régimen*.

3. Apesar de esta última regla especial, el artículo 105 del Código consagra una excepción, consistente en que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no conocerá de las controversias relacionadas con aquellos contratos en los que sea parte una entidad pública que tenga el carácter de institución financiera, aseguradora, intermediario de seguros o intermediario de valores vigilado por la Superintendencia Financiera, y que se refieran al “giro ordinario” de sus negocios.

Puesto que Fonade es una institución financiera de carácter público vigilada por la Superintendencia Financiera, resulta claro que los litigios originados en los contratos que Fonade celebre y que correspondan al giro ordinario de sus negocios, no están sometidos al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino al de la Jurisdicción Ordinaria.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto N° 1488, antes citado, analizó detenidamente lo que debe entenderse por “*giro ordinario de las actividades propias del objeto*” de una persona jurídica, pública o privada, expresión que, para la Sala, resulta equivalente a la de “*giro ordinario de los negocios*”, razón por la cual nos remitimos a lo explicado en la parte general de dicho concepto.

Por su parte, el concepto proferido por la Superintendencia de Sociedades mediante el oficio N° 220-53338 del 25 de agosto de 2.000, reiterado en los oficios Nos. 220-055759 del 11 de octubre de 2006 y 220-016468 del 15 de marzo de 2012, al analizar el concepto de “objeto social” y su diferencia con el de “giro ordinario de los negocios”, contiene las siguientes precisiones:

*“De conformidad con el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio, la escritura pública por la cual se constituye la sociedad debe enunciar clara y completamente las actividades que comprenden su objeto social, teniendo en cuenta que su capacidad se encuentra circunscrita a los actos y negocios allí consignados. Sin embargo, la doctrina ha clasificado el objeto social en principal y en objeto social secundario o subordinado. Aquel se refiere a los negocios o actividades principales que la sociedad se propone desarrollar, los cuales pueden tener o no conexión entre sí, siempre que se encuentren debidamente enunciados en la escritura social. En el objeto social secundario se entienden incluidos todos aquellos actos o contratos tendientes al desarrollo del objeto social principal. Es preciso*

tener en cuenta que existe una normatividad especial que define el campo de acción de las instituciones financieras y de las llamadas empresas de objeto social exclusivo, según la cual, no les es permitido desarrollar actividades distintas a las que allí se indican.

“Si bien el llamado giro ordinario de los negocios se encuentra determinado por las actividades que constituyen el objeto social, resultan oportunas algunas precisiones conceptuales en torno al empleo constante en la práctica mercantil de la referida expresión ‘giro ordinario de los negocios’. Partiendo de las anteriores consideraciones en cuanto al tema del objeto social, se concluye que este alude a las actividades que desarrolla o se propone realizar el ente social, al paso que **solamente quedan cobijadas por ‘giro ordinario’ aquellas actividades que en forma habitual u ordinaria, ejecuta la sociedad.**

“Advierte el profesor GAVIRIA GUTIÉRREZ (Lecciones de Derecho Comercial, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1987, pag. 251) que **‘el objeto social tiene un significado de mayor amplitud que el giro ordinario**, pues aquel comprende cuanto acto sea necesario o conveniente para realizar el fin social propuesto, ya sea de simple gestión ordinaria, como la compra de materias primas y la venta de productos elaborados, **ya de gestión extraordinaria, como un traslado de las instalaciones industriales, un despido masivo, un cambio de marcas y demás signos distintivos**’, de lo cual puede deducirse una relación de **género a especie entre ambos conceptos, siendo el giro ordinario una especie que se enmarca al interior del genérico objeto social.** Así las cosas, debe entenderse que **el objeto social está circunscrito tanto al giro ordinario como a aquellas actividades que se adelantan de manera extraordinaria o esporádica**, de manera que cualquier operación que no esté allí comprendida será catalogada como extralimitación o desbordamiento del objeto social, independientemente de que los estatutos sociales limiten o restrinjan las facultades de quien represente legalmente la sociedad, en los términos del artículo 196 del Código de Comercio. (...)” (Negritas fuera del texto).

Con base en las normas y conceptos anteriormente citados, además de diversas fuentes jurisprudenciales y doctrinales, la Sala puntualiza los siguientes aspectos:

- El objeto de una sociedad, y en general de cualquier persona jurídica, está conformado por el denominado “objeto principal” y el llamado “objeto secundario, complementario o subsidiario”.
- El primero comprende las actividades y los actos expresamente previstos en el acto de constitución de la persona jurídica (estatutos, en el caso de las sociedades; ley, en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, o acto de creación, en general).
- El segundo incluye dos grupos de actos jurídicos: i) Aquellos que, sin estar mencionados expresamente, guardan una relación o conexidad directa con el objeto principal, como por ejemplo, el otorgamiento de una garantía necesaria para realizar una operación prevista en el objeto principal; ii) todos los demás que resulten necesarios para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que implica la existencia y el funcionamiento de la persona jurídica, tales como el pago de

impuestos, la contratación de personal, la adquisición de insumos o de activos fijos (muebles e inmuebles) etc.

- Cualquier acto que no esté comprendido dentro del objeto, ya sea principal o secundario, **no puede** ser realizado válidamente por la persona jurídica, pues excede su capacidad legal. Por lo tanto, de llegar a celebrar un acto de esta clase, el mismo estaría viciado de nulidad y, en esa medida, no obligaría válidamente a la entidad.
  - Todos los actos (incluyendo los contratos) que una persona jurídica celebra “*dentro del giro ordinario de sus negocios*” deben estar comprendidos en su objeto (principal o accesorio), pero existen algunos actos que las personas jurídicas pueden celebrar válidamente, por estar incluidos dentro de su objeto, que no corresponden, sin embargo, al “*giro ordinario de sus negocios*”, por tratarse de actos u operaciones que se realizan de forma extraordinaria o esporádica.
4. De los criterios expuestos se desprende que, en el caso específico de Fonade, los siguientes contratos forman parte del “giro ordinario” de sus negocios:
- a. Todos aquellos que celebra para realizar las actividades y cumplir las funciones que la ley y las demás normas con fuerza de ley le asignan expresamente, ya sea que correspondan a actividades típicamente financieras<sup>196</sup> o no (objeto principal).
  - b. Todos los que celebre en conexión o en relación directa con dichos negocios (objeto secundario, actos conexos). Ejemplo de dichos contratos podría ser los que suscribe Fonade para cumplir o ejecutar las obligaciones que asume frente a otras entidades públicas, en desarrollo de los contratos de gerencia integral de proyectos, de gerencia de recursos, y de los otros contratos interadministrativos que celebra en ejercicio de sus funciones.
  - c. Todos aquellos que resultan necesarios para la existencia de Fonade y su funcionamiento normal como empresa industrial y comercial del Estado (objeto secundario), siempre que sean habituales u ordinarios, como la contratación de personal, el mantenimiento de sus sedes y vehículos, el licenciamiento de software, la contratación de servicios de aseo o vigilancia, la asesoría jurídica, administrativa, contable o técnica ordinaria, la adquisición de computadores, muebles de oficina, papelería, etc.

Por consiguiente, todos los contratos indicados en los numerales anteriores están comprendidos dentro de la excepción prevista en el artículo 105, numeral 1º de la Ley 1437 de 2011 y, en consecuencia, se encuentran por fuera de la órbita de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

5. De esta forma, los únicos contratos que **no** estarían incluidos dentro del “*giro ordinario de sus negocios*” y que, por lo tanto, son del conocimiento de la Jurisdicción

---

196 Contratos de mutuo dinerario, de crédito documentario, de descuento etc.

Contencioso Administrativa, serían aquellos que llegare a celebrar Fonade, dentro de su objeto secundario o complementario, **en forma extraordinaria o esporádica**, como la adquisición de una nueva sede principal, el cambio integral de su plataforma tecnológica, una consultoría especial (por ejemplo, para una eventual reestructuración interna o “reingeniería”), el cambio general de sus marcas y demás signos distintivos, entre otros.

Obviamente, tampoco forman parte del “*giro ordinario de sus negocios*” aquellos contratos que Fonade llegare a celebrar por fuera de su objeto. Sin embargo, no parece necesario profundizar en este punto, porque tales contratos no podrían ser celebrados válidamente por Fonade<sup>197</sup> y, de llegar a hacerlo, estarían viciados de nulidad, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a las personas involucradas en los mismos.

6. Aparte de los litigios referidos a los contratos que no correspondan al giro ordinario de sus negocios, también serían competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa los siguientes conflictos, los cuales, por ende, tampoco quedarían comprendidos dentro de la excepción prevista en el artículo 105, numeral 1° del CPACA:
  - a. Los contratos celebrados por Fonade con otras entidades públicas, distintas de las instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores de carácter estatal.

La razón para que las disputas originadas en dichos contratos sean competencia de esta Jurisdicción es análoga a la expuesta para concluir que tales contratos están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues si bien, desde el punto de vista de Fonade, el conflicto sería competencia de la Jurisdicción Ordinaria, desde la perspectiva de la otra entidad pública contratante, la jurisdicción competente sería la Contencioso Administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA.

Dado que el artículo 105, numeral 1° del Código establece una excepción, y las excepciones, como es bien sabido, deben interpretarse y aplicarse en forma restrictiva o estricta, y no de manera analógica ni extensiva, dicha salvedad solo puede entenderse referida a los contratos que las instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores de carácter público suscriban, dentro del giro ordinario de sus negocios, con personas naturales o jurídicas privadas, o con otras entidades públicas que tengan su misma condición (institución financiera, aseguradora, intermediario de seguros o intermediario de valores).

- b. Los litigios en los que se pretenda atacar la validez de actos administrativos dictados por Fonade en relación con su actividad contractual.

<sup>197</sup> Esta conclusión, en el caso de Fonade, resulta doblemente reforzada, en primer lugar, por tratarse de una *entidad financiera*, sujeta, por lo tanto, al principio de la especialidad o doctrina de los “estatutos especiales” que gobierna la actividad de las instituciones financieras, y en segundo lugar, por ser una *entidad pública*, sometida, en consecuencia, al principio de legalidad, establecido en los artículos 6° de la Constitución Política, 1, 5, 68, 69 y 85 de la Ley 489 de 1998, entre otras disposiciones.

Aunque las entidades públicas que realizan actividades financieras, aseguradoras o bursátiles no deberían, por regla general, expedir actos administrativos en relación con su actividad contractual, pues, como ya se analizó, sus contratos no están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si tales entidades, por cualquier razón, llegaren a expedir actos administrativos, ya sea en forma previa a la celebración del contrato (actos precontractuales, como el de adjudicación) o posterior (actos contractuales propiamente dichos, como la declaratoria de caducidad), y la otra parte pretendiere atacar la legalidad o validez de dichos actos, tales procesos no podrían ser conocidos por la Jurisdicción Ordinaria sino por la Contencioso Administrativa.

Esta situación podría presentarse en el caso de Fonade ya que, como se mencionó, durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 y la promulgación de la Ley 1450 de 2011, los contratos celebrados por Fonade estuvieron sometidos en su integridad al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, “*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”, los contratos celebrados por Fonade durante el lapso indicado continúan sujetándose a la Ley 80 de 1993 hasta su terminación y liquidación, incluyendo sus prórrogas, adiciones y demás modificaciones.

Por lo tanto, en la medida en que algunos de dichos contratos pueden estar vigentes, o terminados pero sin liquidar, Fonade podría haber dictado o dictar actos administrativos en relación con los mismos, los cuales, en el evento de ser objeto de impugnación judicial por parte de los respectivos contratistas u otros afectados, no serían competencia de la Jurisdicción Ordinaria, sino de la Contencioso Administrativa, a pesar de lo dispuesto en el artículo 105, numeral 1º del CPACA. La razón para ello estriba en que la única Jurisdicción instituida para juzgar la validez de los actos administrativos, suspenderlos provisionalmente y, dado el caso, declarar su nulidad, es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se deduce, entre otras normas, de lo dispuesto en los artículos 238 de la Constitución Política<sup>198</sup>, 77 de la Ley 80 de 1993<sup>199</sup> y 141 del CPACA<sup>200</sup>, y lo tiene establecido, también, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sección Tercera de esta Corporación, a propósito de la competencia de los tribunales de arbitramento integrados para dirimir controversias contractuales entre entidades públicas y particulares, al considerar que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la validez o no de los actos administrativos expedidos por la entidad contratante, porque tal asunto no es transigible y es competencia privativa de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

- c. Finalmente, tampoco compete a la Jurisdicción Ordinaria, sino a la Contencioso Administrativa, el conocimiento de los recursos extraordinarios (anulación y

198 “Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

199 “Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. ...

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. (...)”

200 “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable...”

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. (...)”

revisión) contra laudos arbitrales dictados para resolver conflictos contractuales en los que aparezca involucrada Fonade, por ser entidad pública, pues la competencia para conocer de tales recursos está asignada de manera especial a esta Jurisdicción por los artículos 104, numeral 7º, y 149, numeral 7º del CPACA<sup>201</sup>, y por el artículo 46, inciso 3º de la ley 1563 de 2012<sup>202</sup>.

Además, porque técnicamente hablando, los recursos extraordinarios contra los laudos arbitrales no constituyen un litigio o una controversia sobre la relación contractual que suscitó la convocatoria al tribunal de arbitramento, sino sobre el laudo, en sí mismo. Es decir, el objeto de dichos recursos no es el contrato (hipótesis prevista en el artículo 105, numeral 1º del CPACA), sino el laudo arbitral.

#### D. Caducidad y prescripción

Finalmente, para contestar a la pregunta sobre cuáles serían los términos de prescripción o de caducidad de las acciones relacionadas con los contratos celebrados por Fonade, en el evento de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria, baste recordar que, en tanto que las vías de acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o medios de control, están sujetas a términos especiales de **caducidad**, no ocurre lo mismo en la Jurisdicción Ordinaria. En esta, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), por regla general, el ejercicio del derecho de acción no se encuentra sujeto a plazos de caducidad, pero el sujeto pasivo de la acción<sup>203</sup> puede proponer, como medio de defensa, la prescripción de la acción, que equivale, en este caso, a la prescripción extintiva del respectivo derecho.

Así las cosas, en el evento de acudir Fonade a la Jurisdicción Ordinaria, ya sea como demandante o como demandado, o como tercero interviniente, no estaría sometido a términos de caducidad, por regla general,<sup>204</sup> independientemente del régimen jurídico sustancial aplicable al contrato, y estaría sujeto a los términos de prescripción generales consagrados en el artículo 2536 del Código Civil, con la modificación efectuada por el artículo 8º de la ley 791 de 2002, es decir: diez (10) años para la acción ordinaria y cinco (5) para la acción ejecutiva; o, según el caso, a los plazos de prescripción especiales o “de corto tiempo” consagrados en diferentes normas del Código Civil y del Código de Comercio.

201 “Artículo 104. De la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ...  
Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

...

“7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. (...)”.

“Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. ...

“7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia...”

202 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. El inciso tercero del artículo 46 dispone: “(...) cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

203 Demandado, llamado en garantía, denunciado, etc.

204 Hay algunas excepciones, como la caducidad de la acción cambiaria, consagrada en los artículos 729 y 781 del Código de Comercio.

## E. Improcedencia de cláusulas exorbitantes

Tal como se explicó en el literal B. de este concepto, especialmente en su numeral 4, la Sala considera que Fonade no puede incluir o pactar cláusulas exorbitantes en los contratos que celebre con particulares o con otras entidades públicas (sean estas de las sujetas al régimen de la Ley 80 de 1993 o no), pues en ninguno de dichos casos Fonade se entiende colocado, desde el punto de vista jurídico, en una situación de superioridad o preeminencia frente a su contraparte.

Adicionalmente, en ninguno de los eventos descritos los regímenes jurídicos a los cuales estarían sometidos los respectivos contratos, esto es, el derecho privado, en el caso de los contratos celebrados por Fonade con particulares o con otras entidades públicas excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, o bien el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el caso de los contratos interadministrativos suscritos por Fonade con entidades públicas sujetas a la citada ley, permiten la estipulación de cláusulas exorbitantes a favor de ninguna de las partes.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

- 1) *¿Cuál es el Juez competente para conocer las controversias en las que sería parte el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), diferentes a las derivadas de las actividades financieras que realice la Entidad, ya sea que actúe como demandante o como demandado, en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1437 de 2011 – Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto 288 de 2004?*

La jurisdicción competente para conocer de los conflictos contractuales en que sea parte Fonade es la Jurisdicción Ordinaria, con excepción de los siguientes asuntos, cuya competencia corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

- a) Los relacionados con contratos ajenos al giro ordinario de los negocios de Fonade.
- b) Los atinentes a contratos interadministrativos celebrados por Fonade, salvo que la otra entidad pública tenga el carácter de institución financiera, aseguradora, intermediario de seguros o intermediario de valores vigilado por la Superintendencia Financiera, y que el contrato respectivo corresponda al giro ordinario de los negocios de las dos entidades.
- c) Los procesos en donde se discuta o pretenda discutir la validez o legalidad de actos administrativos (expresos o presuntos) dictados por Fonade en relación con su actividad contractual.
- d) Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales (anulación y revisión) en los que haya sido parte Fonade.

- 2) *¿Cuál es el Juez competente para conocer las controversias en las que sería parte el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), en las que estén involucradas la celebración, ejecución, terminación y liquidación de convenios interadministrativos que celebre esta Entidad con otras Entidades Estatales que tengan o no el carácter de financieras?*

La jurisdicción competente para conocer de las controversias referidas a los contratos interadministrativos que celebre Fonade es la Contencioso Administrativa. Sin embargo, si la otra entidad pública es también una institución financiera, aseguradora, intermediaria de seguros o intermediaria de valores vigilada por la Superintendencia Financiera, y el objeto del contrato forma parte del giro ordinario de los negocios de las dos entidades, la competencia corresponde a la Jurisdicción Ordinaria.

- 3) *¿Cuáles son los términos de caducidad o de prescripción de las acciones judiciales, para el caso de acudir a la Jurisdicción Ordinaria?*

Los términos de prescripción o de caducidad de las acciones judiciales, en el evento de acudir a la Jurisdicción Ordinaria, son los previstos en el Código Civil, en el Código de Comercio y en las normas especiales que sean aplicables, según lo explicado en este concepto.

- 4) *¿Fonade puede pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos que celebre con particulares, sean en cumplimiento de actividades financieras o como agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo?*

Fonade no puede pactar cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos que celebre con particulares ni con otras entidades públicas.

Remítase al Director General del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** William Zambrano Cetina, Presidente de la Sala. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Consejero. Augusto Hernández Becerra, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

## 2. Suspensión temporal del contrato estatal en la etapa de ejecución contractual

### Radicado 2278

Fecha: 05/07/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar (e)*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 9 de febrero de 2017

El señor Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio consulta varios aspectos relacionados con los efectos jurídicos que durante la ejecución del contrato estatal produce la suspensión temporal del contrato, particularmente en relación con el plazo de ejecución.

### I. Antecedentes

El señor Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio señaló que de algunos pronunciamientos emitidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se suscitaban dudas sobre la forma en que se afecta el plazo contractual en el evento de que ocurra una suspensión durante la ejecución del contrato estatal. Al efecto, relacionó los siguientes extractos jurisprudenciales:

1. La Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 16 de julio de 2008, radicación número 229522-66001-23-31-000-1995-0379-01 (16344) señaló que:

*“En este contexto, resulta indispensable determinar los efectos que conlleva la suspensión del contrato frente al vínculo contractual existente entre la Administración y el contratista. Se desprende con claridad meridiana que cuando la Administración y el contratista deciden de mutuo acuerdo suspender el contrato, tal suspensión alude específicamente a la ejecución, total o del objeto contractual y **formalmente incide de manera puntual en el plazo pactado para su cumplimiento**. Por manera que, pese a la suspensión, en todo caso la relación jurídico - negocial subsiste; en esa medida resulta perfectamente viable por el acuerdo de las partes y en algunos casos indispensable por la naturaleza misma del contrato, que el contratista lleve a cabo labores y actividades tendientes a superar los hechos que dieron lugar a la suspensión de contrato, o bien a posibilitar la pronta reanudación del mismo”.* (Resalta el consultante).

2. Indicó el Ministro Consultante que misma Corporación en Sentencia del 28 de abril de 2010, radicación número 07001-23-31-000-1997-0554-01(16431), manifestó:

*“En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. **Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo**, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, **pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes**”.* (Resalta el consultante).

3. Que posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 12 de abril de 2012, radicación número 52001-23-31-000-1996-07799-01 (17434) sostuvo:

*“[L]a suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en los casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad<sup>11</sup>, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos 4°, 6°, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos. La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, **de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido.** Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo”.* (Resalta el consultante).

Con base en lo anterior se formulan las siguientes **PREGUNTAS:**

1. *¿Puede la suspensión de un contrato estatal, efectuarse de manera unilateral y en qué clase de contratos se aplicaría?*
2. *Cuando se hace referencia a que la suspensión del contrato estatal “incide de manera puntual en el plazo pactado para su cumplimiento”; ¿se entendería que el tiempo de la suspensión modifica obligatoriamente el plazo de ejecución inicialmente pactado, o por el contrario el mismo permanece inamovible?*
3. *De acuerdo a lo anterior, ¿cómo afecta la ejecución contractual, las frases NO ADICIONA Y SIN QUE SE IMPUTE, que estructuran las expresiones: “por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo” y “pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes”?*
4. *De acuerdo con la afirmación “por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido”. ¿Debe entenderse que la fecha de finalización estipulada inicialmente en cualquier modalidad de contratación estatal, no cambiaría como consecuencia de la suspensión?*
5. *Uno de los efectos de la suspensión del contrato de obra pública, es que permite que se extienda el tiempo suspendido a la ejecución del plazo inicial, ¿se podría aplicar la misma premisa en los contratos de prestación de servicios que conlleva el principio de la anualidad fiscal, los convenios interadministrativos, de consultoría y en general los establecidos en 32 (sic) de la Ley 80 de 1993?*

6. *¿Cuáles serían las causales de suspensión, su fundamento legal y en qué clase de contratos estatales operaría?*
7. *¿Si la suspensión afecta varias vigencias fiscales, cual es el mecanismo para conservar la apropiación presupuestal?*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

### A. PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales citados y las preguntas formuladas, la Sala observa que la consulta plantea dos grupos de problemas jurídicos.

En el primero se indaga por algunos rasgos generales y características de la suspensión temporal del cumplimiento de las obligaciones en la ejecución del contrato estatal: su definición, el fundamento jurídico, sus elementos causales, la clase de contratos en los que se puede pactar, así como la posibilidad de suspender el contrato de manera unilateral, y los efectos que podría conllevar la suspensión, particularmente, la forma como se afectaría la fecha de terminación del contrato pactada por las partes para el cumplimiento del contrato. En el segundo, se interroga a la luz del principio de anualidad fiscal por los mecanismos que permitan conservar la apropiación presupuestal en los eventos en los cuales la suspensión de la ejecución del contrato afecte varias vigencias fiscales.

Para resolver los problemas jurídicos expuestos se abordarán los siguientes aspectos: 1) La definición de suspensión del contrato estatal y su carácter parcial o total, 2) el fundamento legal de la suspensión en la ejecución de los contratos estatales, 3) la diferencia entre la suspensión temporal acordada en la ejecución del contrato y otras figuras jurídicas, 4) las causales para que se produzca, 5) los contratos en los que opera, 6) los plazos del contrato estatal y la fecha de terminación del contrato, 7) la posibilidad de suspender la ejecución de las obligaciones contractuales de forma unilateral, 8) el análisis de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado aportada por el consultante sobre los efectos en el plazo de la suspensión del contrato, 9) las conclusiones de la Sala sobre los efectos de la suspensión en el tiempo, 10) el estado de la cuestión, 11) se analizará el principio de anualidad fiscal y los mecanismos que permiten conservar la apropiación presupuestal ante los efectos de la suspensión en el plazo de ejecución de los contratos estatales y 12) se efectuará una consideración final.

### B. LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Los contratos estatales puede decirse que tienen un ciclo vital: nacen, se desarrollan, suelen afrontar vicisitudes de mayor o menor entidad, y finalmente se terminan.

En la vida de los contratos administrativos surgen comúnmente imprevistos, en ocasiones ínsitos en el diseño del contrato, que generan interrupciones o alteraciones

de la relación contractual en su concepción originaria y desvían el negocio jurídico de la trayectoria inicialmente prevista.

Una de las contingencias más frecuentes del contrato estatal es la suspensión de los efectos en su ejecución. Sin embargo pese a la importancia del tema y a la periodicidad con que se plantea, hay que señalar que el asunto no está considerado en la ley, ni ha sido suficientemente destacado o estudiado por la doctrina. En la jurisprudencia se hace referencia a esta cuestión, a lo sumo, en relación con los perjuicios que pueda llevar eventualmente aparejada la suspensión temporal cuando es acordada por las partes. Por consiguiente, las conclusiones y recomendaciones que se presentan en este concepto parten básicamente del desarrollo de los principios de la Contratación de la Administración Pública<sup>205</sup> y del Estatuto Orgánico de Presupuesto, así como del estudio de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que ha hecho referencia a estos asuntos.

Advierte la Sala previamente, que la figura de la suspensión en la contratación estatal no es estática ni uniforme en su definición y eficacia. Antes bien, tiene alcance y produce efectos distintos: (i) en función del momento en el que se produce (durante el proceso de selección del contratista<sup>206</sup>, o bien durante la ejecución del contrato); o (ii) por las causas que la originen (fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público), o (iii) en función de ser imputable a los incumplimientos de las partes, o necesaria ante una modificación del contrato, o (iv) por la forma en que ocurre, se acuerde o consigne su ocurrencia (mediante cláusula contractual, por acta acordada entre las partes por razones de interés público, o *de facto*, ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito), o (v) por sus efectos en el tiempo (transitoria o “indefinida”) y, (vi) por la magnitud de la afectación en el cumplimiento de las obligaciones del contrato (parcial o total).

Teniendo en cuenta los antecedentes y las inquietudes planteadas por la entidad consultante, la Sala se referirá en este asunto exclusivamente a la suspensión acordada por las partes durante la ejecución del contrato estatal, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito e interés público hagan imposible cumplir transitoriamente, de forma total o parcial las obligaciones necesarias para la consecución de la obligación principal del negocio jurídico.

### **1. Aclaración previa en relación con el término “suspensión” y el carácter “parcial o total” de la suspensión. Definición de suspensión**

En primer lugar, es pertinente hacer una precisión en relación con el término “suspensión”. Se trata de definir si la suspensión se predica del contrato o solo de sus efectos.

205 Ley 80 de 1993. “Artículo 1º Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.

206 El Decreto Ley 19 de 2012 contempló expresamente que cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del RUP presentada en la oferta, se podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la inscripción en un plazo de veinte (20) días (numeral 6.3 del artículo 221 ibídem).

Vale decir, ¿se interrumpe el contrato? o ¿únicamente las obligaciones que de él emanan? Sobre lo que ocurre con el vínculo contractual durante el período de suspensión señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen; el caso es que estando el contrato en ejecución o suspendido con la intención de reiniciarlo, **subsiste el vínculo contractual**”<sup>207</sup>. (Resalta la Sala).*

En reiteración de esta posición sostuvo la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“A partir de lo anterior, se desprende con claridad meridiana que cuando la Administración y el contratista deciden de mutuo acuerdo suspender el contrato, tal suspensión alude específicamente a la ejecución, total o parcial del objeto contractual y formalmente incide en el plazo pactado para su cumplimiento, sin perjuicio de destacar que, pese a la suspensión, **en todo caso la relación jurídico - comercial subsiste**; en esa medida resulta perfectamente viable por el acuerdo de las partes y en algunos casos indispensable por la naturaleza misma del contrato, que el contratista lleve a cabo labores y actividades tendientes a superar los hechos que hubieren dado lugar a la suspensión de contrato, o bien a posibilitar la pronta reanudación del mismo. (...)”<sup>208</sup>. (Resalta la Sala).*

Sea pues lo primero advertir que, en estricto sentido, el contrato no cesa con la suspensión sino que sigue vigente, en estado potencial o de latencia, pues mientras la terminación de un contrato afecta como es obvio su subsistencia misma, la suspensión afecta las obligaciones que a las partes les resulta temporalmente imposible de cumplir .

Una vez se ha aclarado que la suspensión no perturba el vínculo contractual sino solamente las obligaciones que de él emanan, también debe señalarse que dependiendo de la magnitud de la causa que la origine puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás.

Por consiguiente en este concepto las referencias a la suspensión del contrato deberán entenderse hechas a la suspensión temporal de la ejecución de las obligaciones que, según el caso, les resulte a las partes temporalmente imposible cumplir.

Ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado que la suspensión es una “*parálisis transitoria del contrato*”, con algunos efectos. Al respecto indicó:

*“Se ha entendido la suspensión como la “parálisis transitoria del contrato”, que tiene lugar cuando no es “posible continuar con su ejecución por circunstancias imputables a*

207 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.945.

208 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de mayo de 2011, radicado: 18.446.

la Administración o por hechos externos”; así mismo, que si ante tales circunstancias no se acude a la suspensión del contrato, el contratista se vería afectado “por el acortamiento del plazo contractual<sup>209</sup>. Respecto de la suspensión del contrato también se ha dicho que: “permite legalizar fácil y rápidamente la suspensión del cumplimiento del objeto de un contrato, originada en circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito (...). El beneficio de esta medida de la suspensión del plazo a través de un acta es tangible, ya que se evitan trámites posteriores más complejos y costosos como son la elaboración y la suscripción de un contrato adicional de plazo...<sup>210, 211</sup>.

En otra sentencia, la Sección Tercera reiteró este concepto en la forma que sigue:

*“Se ha entendido la suspensión como la “parálisis transitoria del contrato”; la cual, como es natural, tiene incidencia directa en el plazo convenido por las partes para el cumplimiento de una o varias de las obligaciones contractuales respectivas, por manera que si aquella no opera, esto es no se acuerda entre las partes, seguirán corriendo los plazos contractuales”<sup>212</sup>.*

Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público –que de forma suficiente y justificada le dan fundamento–, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.

## 2. Fundamento legal de la suspensión acordada por las partes

Debe advertirse que actualmente la “suspensión temporal de los contratos estatales” no está expresamente regulada. Lo estuvo en vigencia del anterior Estatuto de Contratación Estatal, artículo 57, Decreto Ley 222 de 1983 derogado por la Ley 80 de 1993, cuyo contenido literal era el siguiente:

*“Artículo 57. De la suspensión temporal del contrato. Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito se podrá, de común acuerdo entre las partes, suspender temporalmente la ejecución del contrato mediante la suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de la suspensión”<sup>213</sup>.*

209 “[P] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993”. Segunda Edición. LEGIS. 2003. Bogotá. P. 381”.

210 “[P] BAUTISTA MÖLLER, Pedro José. “El Contrato de Obra Pública. Arquetipo del Contrato Administrativo”. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 1998. P. 47”.

211 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de julio de 2008, radicado: 16.344.

212 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de mayo de 2011, radicado: 18.446.

213 Disposición derogada por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993. “Artículo 81. De la derogatoria y de la vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113(...); así como las demás normas que le sean contrarias (...)”.

A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983<sup>214</sup> no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificadamente y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución<sup>215</sup>.

Debe indicarse que, aun sin que previamente las partes hayan dispuesto en el contrato alguna cláusula referida a la suspensión y a sus efectos, cuando surgen circunstancias que implican *de facto* la justificadamente parálisis de la ejecución de las obligaciones, los contratantes pueden y suelen acordar formalmente consignar por escrito las situaciones que originaron la suspensión y establecer sus efectos en el contrato<sup>216</sup>.

Observa la Sala que tanto en los eventos en los que anticipadamente se pactó en el contrato una cláusula de suspensión, como en los que la suspensión sobreviene en su ejecución sin que existiera acuerdo previo expreso al respecto, es corriente que los contratantes suscriban actas en las cuales hacen constar la causa que la originó y que la justifica, el momento desde el cual se suspende, el plazo, determinado o determinable de la suspensión, y los efectos que para cada una de las partes se derivan<sup>217</sup>. De esta forma la suspensión deja de ser una mera contingencia del contrato para convertirse en una medida con efectos jurídicos vinculantes para las partes<sup>218, 219</sup>.

Ahora bien, al no existir un referente legal vigente sobre la suspensión de la ejecución del contrato, conforme a la jurisprudencia y a juicio de la Sala, las cláusulas pactadas al respecto en los contratos y las actas de suspensión suscritas de común acuerdo por las

214 Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus respectivos decretos reglamentarios.

215 Al efecto se revisaron las reglas de aplicación interna de las entidades estatales en relación con la suspensión de la ejecución del contrato, registradas en distintos conceptos, circulares, manuales y actas. Entre otros: Manual de Contratación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Tomado de: <http://www.minhacienda.gov.co>; Manual de Procedimientos en Contratación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Tomado de: <http://www.igac.gov.co>; Manual de Contratación del Departamento Nacional de Planeación. Tomado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co>; actas de suspensión 1 y 2 del contrato de obra No VAL-CON 004-06 entre la Unión Temporal Avenida León Caridi y la Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla y la Región Caribe S.A. - EDUBAR S.A. Tomado de: <http://www.edubar.com.co>; Manual de Contratación, Supervisión e Interventoría de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Tomado de: <https://www.cnsc.gov.co>. Memorando de Instrucción Jurídica Interna No DTL-6000-25727 de 12 de junio de 2007 del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá. Tomado de: <http://app.idu.gov.co/> Entre muchos otros.

216 *Idem*.

217 *Idem*.

218 Aun cuando el Decreto 1082 de 2015, por el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, no se refiere de forma expresa a las suspensiones como actos que deban publicarse en el Secop, se puede deducir esta obligación del artículo 2.2.1.1.1.7.1. *eiusdem*, en concordancia con el artículo 2.2.1.1.1.3.1 que señalan: **“Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición (...).”** // **“Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. (...) Documentos del Proceso son:** (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; **y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.”** (Resalta la Sala).

219 El numeral 17 del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008, **“por el cual se reglamenta[ba]n parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dicta[ba]n otras disposiciones”**, expresamente se refería a la publicación de las actas de suspensión en el Secop, en los siguientes términos: **“Artículo 8”. Publicidad del procedimiento en el Secop. “La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva, // La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal Único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección: // (...) // 17. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.”** Esta disposición fue derogada por el Decreto Nacional 734 de 2012, que a su vez fue derogado por el Decreto Nacional 1510 de 2013, el cual fue derogado por el Decreto 1082 de 2015, por el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. (Resalta la Sala).

partes ante la ocurrencia de una suspensión de facto, son expresión, por una parte, de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y por otra, del principio de la primacía del interés general y de conservación del contrato, consistentes en que la contratación estatal debe estar orientada a la consecución de los fines estatales como se explica a continuación.

### a. La autonomía de la voluntad como fundamento de la suspensión acordada de la ejecución del contrato estatal

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 la autonomía de la voluntad se constituyó en la fuente principal de los efectos que rigen la ejecución del contrato estatal<sup>220</sup>.

Aunque los procesos de celebración, ejecución y liquidación en materia de contratación estatal están regulados y determinados en la ley, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la autonomía de la voluntad (artículos 13<sup>221</sup>, 32<sup>222</sup> y 40 de la Ley 80 de 1993), como un mecanismo que permite a las partes actuar eficientemente frente a las necesidades que surgen en la práctica contractual.

Esta afirmación encuentra especial sustento en lo preceptuado por el artículo 40 *iusdem*, en donde textualmente se establece:

*“Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza”*<sup>223</sup>.

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

***En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.***

220 Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se lee lo siguiente: *“De modo que el proyecto de ley trata de lograr que la relación contractual descansa sobre la autodeterminación y la autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa”* Cfr. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992.

221 Ley 80 de 1993. *“Artículo 13. De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley. (...)”*

222 *Ibidem*. *“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, (...)”*

223 El artículo 1501 del Código Civil señala, que en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, esto es, aquellas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; las que son de su naturaleza, o sea las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y las accidentales, que son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen a un contrato, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

*En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley. (...)*” (Resalta la Sala).

Por consiguiente, respecto de la autonomía de las partes contratantes, el legislador en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, dentro de un contexto de fines estatales, otorgó a las entidades libertad para regular la forma de convenir sus contratos, definir su contenido e incluir las estipulaciones que consideraran necesarias y convenientes siempre que no fueran contrarias a la Constitución, la ley o el orden público, y se enmarcaran dentro de los principios y finalidades de dicha ley y los de la buena administración.

Bajo este presupuesto, teniendo en cuenta que la suspensión temporal de la ejecución del contrato se establece mediante cláusulas estipuladas en el contrato o en acuerdos que convienen las partes durante su desarrollo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que, al igual que el contrato, la suspensión debe atender al principio “*lex contractus, pacta sunt servanda*”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y solo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. Al efecto señaló:

*“En ese orden de ideas, **la suspensión de común acuerdo constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato y, por lo tanto, al igual que este último es ley para las partes en los términos fijados por el artículo 1602 del Código Civil***<sup>224</sup>. *En ese orden de ideas, si de la suspensión se desencadena un incumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de una de las partes, esta queda compelida a cubrir y cancelar los perjuicios que se derivan del mismo*<sup>225</sup>. (Resalta la Sala).

Recientemente, en relación con el mismo tema, la Sección Tercera sostuvo:

*“Delanteramente **corresponde a las partes del contrato estatal regular los efectos que una suspensión contractual tendría en sus relaciones jurídico negociales, por lo cual debe estarse a tales pactos**, siempre que, por supuesto, a ellos se haya arribado. Así, en efecto, ante circunstancias que, a juicio de los contratantes, impidan la continuación temporal de las actividades principales relacionadas con el acuerdo de voluntades, es posible acordar la suspensión del negocio y, en tal acto, prevenir los efectos del mismo y a cargo de quién se encontrarían, con el fin garantizar la incolumidad de sus patrimonios*

224 “[...] Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del Derecho privado, exclusivamente en la segunda de las funciones citadas. Es decir, como actividad y potestad creadora, modificatoria o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes. La manifestación suprema de esa autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto están dispuestos por normas, las cuales, acogiendo como presupuestos de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente”. BETTI, Emilio “Teoría General del Negocio Jurídico”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª edición, 1959, p. 47”.

225 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431. En el mismo sentido v.et. Sentencia del 19 de octubre de 2011, radicado: 18.082 y Sentencia del 24 de enero de 2011, radicado: 16.492.

*por cuenta del evento que impide la normal ejecución de las prestaciones a su cargo*<sup>226</sup>. (Resalta la Sala).

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que bajo las exigencias del régimen de la contratación estatal, el postulado de la autonomía de la voluntad no tiene la amplitud que puede tener en la esfera del derecho privado<sup>227</sup> y se ve aminorado en la medida en que debe articularse al principio rector del interés público y general materializado en los fines del Estado y, por tanto, en la búsqueda de los fines de la contratación estatal.

### **b. La primacía del interés general y el principio de conservación del contrato en la persecución de los fines de la contratación estatal**

Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los *“instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.”*<sup>228</sup>

Es por eso que, a más del principio de la autonomía de la voluntad, la aplicación de la figura de la suspensión temporal encuentra sus límites y fundamento en la primacía del interés general como causa de la contratación estatal, y en la consecución de los fines del Estado<sup>229</sup> tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

*“Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.*

226 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de octubre de 2015. Radicado: 32.800.

227 *“[E]l contrato del Estado implica el entendimiento y, por lo tanto, el acuerdo de voluntades al que se llega a través de mecanismos institucionales derivados de una estricta legalidad selectiva, cumpliendo las previsiones derivadas del concepto de interés público o general que se concreta en la necesaria materialización de los principios imperativos de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva”*<sup>23</sup>, lo cual marca de entrada, para el concepto, una frontera indiscutible con el contrato propiamente entre particulares y desvirtúa el que la aplicación normativa del derecho privado al concepto de contrato estatal se haga con la misma intensidad con que se hace en las relaciones entre particulares<sup>40</sup>. Lo cual, sin embargo, no desvirtúa el que la norma objetiva derivada de las codificaciones comercial o civil se aplique al fenómeno negocial del Estado pero bajo el espíritu derivado de los principios públicos, donde estos no desvirtúan en manera alguna las obligaciones adquiridas por la administración, esto es, no es el contrato en este contexto manifestación alguna de ejercicio de poder por regla general”<sup>41</sup>. GAMBOA, Santofimio. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. Tomado de: <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/Deradm/article/viewFile/2589/2228>.

228 Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009. v.et. la Sentencia C-088 de 2000 y Sentencia C-932 de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicados: 24715; 25206; 25409; 24524; 27834; 25410; 26105; 28244; 31447 Acumulados, entre otras.

229 No sobra recordar que los fines del Estado son, entre otros, los enunciados en el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia, es decir: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional; mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; además de la protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, fines que en su conjunto están orientados al logro del interés general.

La norma transcrita determina el deber ser de la actuación de la Administración y de los contratistas en punto al cumplimiento de los fines del Estado: el interés general se ve honrado por la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios contratados y el feliz término de los mismos.

Luego de la descripción de los fines de la contratación estatal (artículo 3° de la Ley 80 de 1993), el legislador enlistó una serie de deberes que las partes del contrato deben acatar para la consecución de dichos fines. Considera la Sala, que para efectos de la suspensión temporal de la ejecución del contrato es importante tener presente, en relación con las entidades estatales y los contratistas, los siguientes:

*“Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el Artículo anterior, las entidades estatales: (...)*

*9°. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, **corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse. (...)**”* (Resalta la Sala).

Por otro lado, correlativamente, la Ley 80 de 1993 exigió a los contratistas:

*“Artículo 5°. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas: (...)*

*2°. Colaborarán con las entidades contratantes en **lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla** y que este sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, **obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse. (...)**”* (Resalta la Sala).

Las reglas de conducta transcritas, impuestas a la Administración y a los contratistas, resultan relevantes para la conservación del contrato, pues exige de los contratantes el despliegue de toda actividad necesaria para cumplir con el objeto contratado, lo que se traduce en empeño para que a través de la contratación se logren los fines públicos.

Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos<sup>230</sup> reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la

230 “El fundamento común de las aplicaciones del principio de conservación reside en considerar que el empleo del instrumento práctico “contrato” por parte de los contratantes tiende siempre a algún resultado (salvo el caso del contrato no serio), y que tal resultado (o eventualmente un resultado menor) debe ser garantizado siempre que fuese posible, aunque por cualquier razón de carácter técnico-jurídico no pudiera, en rigor, lograrse dicho resultado. Es un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que, *utilitatus causa*, deben escapar a las razones de invalidez, de rescisión o de resolución” Cfr. MES-SINEO Francesco, Doctrina General del Contrato, Tomo II, Ejea Buenos Aires p. 116.

consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer “*lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla*” y acordar “*los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente*” las situaciones que lleguen a presentarse.

En síntesis, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sin desconocer el principio de legalidad administrativa y dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de suspender justificadamente de forma temporal la ejecución del contrato estatal.

### 3. Diferencia de la suspensión temporal acordada en la ejecución del contrato estatal con otras figuras jurídicas

#### a. La modificación del plazo en el contrato en ejercicio de los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, y la alteración o desplazamiento de la fecha de finalización del contrato como efecto de la suspensión acordada durante su ejecución

Recientemente esta Sala se ocupó en extenso sobre el fundamento legal y las situaciones que posibilitan la modificación del contrato estatal, así como de los procedimientos para hacerla y los límites que deben atenderse para que puedan realizarse dichas modificaciones, según la jurisprudencia y la doctrina<sup>231</sup>.

Señaló la Sala en el Concepto 2263, que en atención al mandato de dirección general del contrato que consagra el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal puede acordar con el contratista las modificaciones que resulten necesarias para orientar el cumplimiento de la finalidad del contrato; o puede, con el mismo propósito, ejercer las facultades excepcionales consagradas en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

Insistió en que el ejercicio de la facultad excepcional de la modificación unilateral del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, se sujeta al “*exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad contratante*”, y en que la modificación por mutuo acuerdo no depende únicamente de la autonomía de la voluntad sino que se sujeta a límites “*emanados del contenido y análisis sistemático del ordenamiento jurídico*”<sup>232</sup>.

Respecto de los límites para la modificación del contrato, se indicó que podrían ser modificados no solo en cuanto a su valor, sino también en sus demás estipulaciones, incluyendo “*su duración, y aún su naturaleza*”<sup>233</sup>. A partir de allí, con base en la jurisprudencia y la doctrina, el Concepto 2263 puntualizó los límites jurídicos que la entidad estatal debe tener en cuenta para alterar el pacto inicial. Respecto de los **límites de orden temporal** señaló lo siguiente:

231 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de marzo de 2016. “*Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014*”. Radicación interna: 2263.

232 *Ibidem*.

233 *Ibidem*.

**“Relacionados con la vigencia del contrato.**// La posibilidad de modificar un contrato solo puede ejercerse durante su vigencia, así se trate de la simple prórroga del plazo, pues no resulta viable jurídicamente realizar modificaciones sobre un contrato con un plazo contractual vencido, como lo ha reiterado el Consejo de Estado. (...)

**La prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas.**// La Corte Constitucional ha señalado que las prórrogas sucesivas, indefinidas, y las prórrogas automáticas son contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia, pues restringe la facultad de particulares para concurrir en condiciones de igualdad a un proceso de contratación adelantado por la entidad estatal, tesis también sostenida por el Consejo de Estado.<sup>234</sup>”

Sobre los **límites de orden formal** destacó lo que sigue:

**“ La solemnidad del contrato de modificación:** // La modificación de los contratos, bien sea para adicionar obras, bienes o servicios, **prorrogar el plazo o alterar la forma de su ejecución, debe constar por escrito y haber sido suscrita por las partes**, para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez.

**Respecto de la modificación del plazo del contrato, la Sección Tercera se ha pronunciado sobre la necesidad de suscribir en forma previa un contrato adicional**, como un imperativo legal concordante con los principios de responsabilidad, economía y planeación que rigen la actividad contractual de las entidades públicas de cualquier orden, y que se justifica por razones de seguridad jurídica presupuestal”.

- **La motivación y justificación de la modificación.** // (...) A diferencia del contrato privado, solo procederá por necesidades de interés general que sustenten y justifiquen la legalidad de la modificación// (...)”(Resaltado fuera del texto).

En cuanto a los **límites de orden material**, apuntó el Concepto 2263 que además del que establece la ley para los contratos adicionales, en el sentido de que no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial –salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría<sup>235</sup>–, existen también prohibición de fraccionamiento del contrato y del objeto, y límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

Entre las **modificaciones que podrían afectar las condiciones sustanciales del contrato**, la Sala mencionó **“el plazo, su duración y prórrogas”**, elementos sobre los cuales acotó a pie de página lo siguiente:

<sup>4[63]</sup> De igual forma, las modificaciones a la duración del contrato, **pues el plazo corresponde a una condición importante del proceso de selección**, especialmente en aquellos en que la prórroga aumenta la retribución económica inicial, como sucede con

234 <sup>4[23]</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de febrero del 2009. Exp 7345. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Diciembre del 2006. Exp 15239”.

235 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de marzo de 2016. “Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014”. Radicación interna: 2263.

la concesión. **Sin embargo, no toda modificación se considera una vulneración de una condición esencial del contrato, sino solo aquellas que fortalecen o favorecen la posición jurídica del adjudicatario, distorsionando la competencia.** El otorgamiento de prórrogas no previstas en la documentación contractual supone una modificación esencial del contrato. Cfr. STJUE. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. C-260/04.” (Resaltado fuera del texto).

Concluyó que cualquier modificación de una condición sustancial del contrato determinaría la necesidad de uno nuevo, salvo circunstancias excepcionales cuyo criterio de determinación, según se expuso, “*dependerá en cada caso de la naturaleza y contenido específico del contrato y de su prestación*”<sup>236</sup>.

Ahora bien, sobre las causas excepcionales que puedan surgir durante la ejecución del contrato y que determinen la necesidad de modificar el contrato inicial como única solución para satisfacer el interés público, en el Concepto 2263 se afirmó que la Administración puede usar su poder de modificación unilateral o realizar las modificaciones de mutuo acuerdo, cumpliendo los siguientes requisitos:

“- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato. (...)”

-Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas... (...)”

Pueden presentarse situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, modificaciones de marcos normativos, de urbanismo, arqueológicos, del medio ambiente o de seguridad, imposibles de prever, o nuevas necesidades o circunstancias posteriores que exijan la ampliación de lo pactado... sin que además, puedan separarse de la prestación principal, o de su utilización o de aprovechamiento independiente. En estos casos, existiría el sustento legal para la modificación del contrato. (...)”

Del Concepto 2263 cuyos apartes fueron parcialmente transcritos y resumidos, se puede afirmar que es viable la modificación del contrato de forma consensuada o unilateral para variar sus límites temporales y, por tanto, para ampliar o reducir los plazos de ejecución del mismo, entre otras razones, por la aparición de circunstancias nuevas o de causas imprevistas que no se contemplaron en el momento de su celebración, y con el exclusivo objeto de “evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos”<sup>237</sup> a cargo de la entidad contratante.

Ahora bien, la ampliación o prórroga del plazo contractual en estos eventos, implica una modificación al acuerdo inicial y en tal sentido demanda los mismos requisitos

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> Cfr. Artículo 16 Ley 80 de 1993.

establecidos en la ley para el perfeccionamiento, ejecución y oponibilidad del contrato estatal: constar por escrito, prórroga de las garantías y publicación oficial, por ejemplo.

Pero también puede ocurrir que, como se verá enseguida, sin acometer ninguna modificación solemne del contrato, la fecha de terminación varíe con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual, mediante el uso de la suspensión como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de interés público, que de forma suficiente y justificada originen un estado de parálisis del contrato estatal (de las obligaciones necesarias para la consecución de la obligación principal)<sup>238</sup>.

Modificación y suspensión son figuras que pueden estar precedidas por situaciones que imposibilitan la continuidad en la ejecución del contrato. Ambas comparten la finalidad del interés general y son supuestos ciertamente excepcionales, ya que la regla general -y el escenario ideal-, es el cumplimiento de los plazos y la ejecución impecable del contrato. Sin embargo es preciso aclarar que no existen elementos comunes entre la modificación de los contratos estatales y la suspensión de los contratos, distintos a los puntos de encuentro antes expuestos.

Recuerda la Sala que, la modificación de los contratos estatales fue autorizada por los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993. La figura de la suspensión desamparada desde la derogación del Decreto Ley 222 de 1983, ha debido definirse y desarrollarse con apoyo en la jurisprudencia y en la práctica contractual.

#### **b. Suspensiones contractuales de *facto* causadas por incumplimientos contractuales y suspensión temporal acordada en la ejecución del contrato estatal**

Resulta preciso distinguir entre el contenido y alcance de: (i) la suspensión temporal de la ejecución del contrato como un mecanismo al que pueden válidamente recurrir los contratantes cuando ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito deben consignar el hecho y los efectos de la suspensión, o cuando por razones de interés público acuerdan suspender algunas de las obligaciones del contrato; y (ii) la suspensión que ocurre como simple contingencia contractual que al margen de su origen inmediato también tiene por efecto la parálisis del contrato y la imposibilidad de cumplimiento de algunas de las obligaciones.

La suspensión como hecho o contingencia contractual acaece cuando alguno de los contratantes interrumpe el cumplimiento de sus obligaciones sin la presencia de razones de fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público. Para estos efectos, la legislación civil contempla la denominada excepción de contrato no cumplido, propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos y cuyo fundamento se encuentra en el principio

238 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 1998, radicado: 11.101.

de la equidad y de la buena fe<sup>239</sup>. Esta tradicional figura se encuentra prevista en el artículo 1609 del Código Civil, en los siguientes términos:

*“Artículo 1609: En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

Sin embargo, como la contratación estatal constituye un ejercicio de la función administrativa y se sustenta en el interés general al que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, la aplicación de la excepción del artículo 1609 del Código Civil en los contratos estatales se ha limitado a los casos en los que el incumplimiento es de tal magnitud que razonablemente ponga al contratista en imposibilidad de cumplir.<sup>240</sup> Sobre este particular expresó el Consejo de Estado:

*“(…) [E]n el ordenamiento jurídico colombiano con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una [razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones].*

*En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”<sup>241</sup> (Resalta la Sala).*

La jurisprudencia reiteradamente ha aceptado la aplicación de la excepción de contrato no cumplido condicionada a los siguientes supuestos:

*“i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir por*

<sup>239</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

<sup>240</sup> En el mismo sentido: HERRERA ROBLES, Aleksey. “Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano”. Tercera Edición. Universidad del Norte. 2012. Barranquilla. P. 688.

<sup>241</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, radicado: 13.530.

parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone; y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) El cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión sería cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente<sup>242</sup>.

La jurisprudencia pues, ha reconocido que si se configuran incumplimientos graves imputables a la administración y la conducta del contratista se ajusta al principio de la buena fe<sup>243</sup>, este pueda suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Fuera del supuesto mencionado no existe norma legal que permita al contratista instar la suspensión o suspender el contrato de forma unilateral.

Por otra parte, si la Administración honra sus obligaciones y es el contratista quien interrumpe de forma unilateral e injustificada el cumplimiento de las suyas con afectación grave y directa sobre la ejecución del contrato, la conducta del contratista puede constituir un incumplimiento que amerite la declaración de la caducidad del contrato, con las consecuencias que de tal declaración se derivan para la parte incumplida<sup>244</sup>.

Nótese que, en los eventos antes descritos, las suspensiones *de facto* son en estricto sentido incumplimientos contractuales cuya responsabilidad y consecuencias deberá asumir la parte que decida suspender sin la ocurrencia de una situación de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público y sin el consenso de su co-contratante. Por tanto, la suspensión temporal y acordada de la ejecución del contrato se diferencia de las interrupciones e incumplimientos de hecho que ocurren también con relativa frecuencia en los contratos estatales.

#### **4. Causales para suspender la ejecución de las obligaciones contractuales**

En primer lugar insiste la Sala en que el acuerdo sobre la suspensión temporal de la ejecución de los contratos debe resultar siempre provechoso para los intereses públicos.

Por fuerza de la definición y de la finalidad que encierra la suspensión de la ejecución del contrato, es requisito *sine qua non* la presencia de una causa válida y suficiente que justifique su uso. De lo contrario, podría constituir simple y llanamente una mampara que oculte el incumplimiento injustificado del contrato o un mecanismo para prorrogar indebidamente el plazo.

Aun cuando la ley no regula actualmente la suspensión del contrato estatal, la jurisprudencia ha reconocido que puede producirse por razones de fuerza mayor y caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en

242 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado: 14.287.

243 Código Civil. "Artículo 1603: Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

244 Ley 80 de 1993. "Artículo 18. De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre".

la ejecución de lo contratado<sup>245</sup>. Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado:

“La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes”<sup>246, 247</sup>.

### a. Suspensiones originadas en situaciones constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito

El artículo 64 del Código Civil de Colombia asimila la fuerza mayor y el caso fortuito a imprevistos que no es posible resistir:

*“Artículo 64. Fuerza mayor o caso fortuito. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*

En torno a esta definición y a la naturaleza misma de la fuerza mayor y del caso fortuito han surgido en nuestro medio algunas discusiones sobre la identidad jurídica de estos dos institutos<sup>248/249</sup>. A pesar de las diferencias, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la fuerza mayor y el caso fortuito son supuestos normativos que extinguen las obligaciones<sup>250</sup> y eximen de responsabilidad en los contratos<sup>251</sup>.

Sin embargo, en materia de contratación estatal, más allá de la exoneración de las obligaciones, la fuerza mayor y el caso fortuito son institutos que obligan a hacer distinciones en razón de su naturaleza, su intensidad y sus efectos. En efecto, hay eventos de fuerza mayor de carácter externo, irresistible e imprevisible, cuya intensidad lleva a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación<sup>252</sup>.

245 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado: 14.287; Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.945; Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431, entre otras.

246 “[2] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 16.431”

247 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de abril de 2012, radicado: 17.434.

248 La Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, históricamente ha sostenido una identidad jurídica con denominaciones disímiles para los dos institutos jurídicos. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de abril de 2005, expediente: 0829-92. v. et. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de julio de 2005, expediente: 6569-02.

249 *Contrario sensu*, la jurisprudencia del Consejo de Estado los separa como hechos distintos, en principio definiendo el caso fortuito como un suceso interno que se da dentro del campo de actividad de quien produce el daño, mientras que la fuerza mayor lo identifica como un acaecimiento externo a la actividad de quien lo produce; y señala, en términos generales, que la irresistibilidad es el criterio fundamental determinante de la fuerza mayor; mientras que la imprevisibilidad, lo es del caso fortuito. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006 v.et. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2002, radicado: 13.477.

250 Cfr. Código Civil, artículo 1625 numeral 7 y, artículos 1729 y 1739.

251 Cfr. Código Civil. “Artículo 1604. Responsabilidad del deudor. (...) El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. (...)” // “Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. (...) La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios (...)”.

252 El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció en el concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006, en el cual se pronunció sobre la fuerza mayor en los contratos estatales, definiéndola como aquellos eventos externos, irresistibles e imprevisibles (actos de terrorismo), cuya intensidad llevan a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación.

Pero también hay situaciones calificadas como fuerza mayor, que no imposibilitan la continuación en la ejecución del contrato sino que la hacen excesivamente gravosa y de las que emerge el derecho de las partes al mantenimiento de la ecuación económica del contrato. Estas alteraciones están relacionadas con la teoría del hecho del príncipe<sup>253</sup> y de la imprevisión<sup>254</sup>. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en materia de distribución de riesgos previsibles<sup>255</sup> a que se refiere el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007<sup>256</sup>.

Así las cosas, fuerza mayor y caso fortuito son en la ley civil modos de extinguir las obligaciones y constituyen en la contratación estatal eximentes de responsabilidad. Sin embargo, ante la imposibilidad para ejecutar el contrato estatal, puede ocurrir que las partes modifiquen el efecto extintivo propio de dichas figuras y estipulen, en su lugar, dejar en suspenso las obligaciones hasta que el obstáculo que imposibilita el cumplimiento termine o sea removido<sup>257</sup>.

En efecto, los eventos originados en circunstancias transitorias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito, se han considerado en la jurisprudencia como causas que justifican el uso de la suspensión, en orden a conservar el vínculo contractual.

Al respecto, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha ilustrado sobre la ocurrencia de suspensiones del contrato estatal cuando sobreviene una causa ajena a las partes contratantes, como podrían ser hechos de la naturaleza, v.g. –cambios de las condiciones climatológicas, terremotos, incendios, inundaciones–<sup>258</sup>; o acciones del hombre que afectan el desarrollo del contrato, por ejemplo, alteraciones de orden público, protestas,

253 "1.1 El hecho del príncipe // La doctrina, al abordar el estudio del hecho del príncipe o el *factum principis*, (...) sostiene que este "alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de este". (...) El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos: a. La expedición de un acto general y abstracto. b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal. c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato. (...) // La Sala considera que solo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. (...) // En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para esta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.577.

254 *Ibidem*. "1.2 La teoría de la imprevisión. // Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. (...) // Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: 1. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. 2. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. 3. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato (...) // Como puede verse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes cocontratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante".

255 El tema de los riesgos contractuales se introdujo normativamente de forma reciente en la legislación colombiana. En principio, fueron los Documentos CONPES DNP 3107 de 2001, 3133 de 2001, 3186 de 2002 y 3249 de 2003, los que se ocuparon de la política pública sobre este asunto. El primer documento hizo referencia a la "política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura", y en él se aportaron conceptos fundamentales para comprender los riesgos contractuales, dentro de los cuales se incluyeron los **riesgos de fuerza mayor**, definidos como eventos que están fuera del control de las partes, y cuya "ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato". Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3107, "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura". Bogotá, abril 3 de 2001, p. 13. (Resalta la Sala).

256 La concepción de los riesgos de los Conpes se reprodujo en la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, que en su artículo 4º estableció que en los pliegos de condiciones deberá realizarse un estudio de los riesgos de la contratación estatal a través de su tipificación, de su asignación y de su estimación.

257 Ahora bien, si la circunstancia impeditiva es permanente o dura más allá de un tiempo razonable, el contrato no podrá permanecer suspendido indefinidamente sino que tendrá que terminarse, con las respectivas consecuencias que dicha terminación acarree en materia de responsabilidad para los contratantes.

258 Al respecto ver las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la que se describen situaciones en las que las partes decidieron suspender la ejecución de los contratos por fuertes inviernos e inundaciones, radicaciones: 10.735 del 31 de agosto de 1999 y 12.431 del 31 de marzo de 2003, entre otras.

paros y bloqueos<sup>259</sup>, o decisiones derivadas de autoridades con facultad para suspender los contratos, v.g. la medida preventiva que faculta al Procurador General de la Nación para solicitar la suspensión de los contratos, o su ejecución, cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público, o la suspensión provisional<sup>260</sup>.

Sin embargo las circunstancias antes enunciadas deben analizarse para decidir sobre la suspensión de la ejecución de los contratos: se deberá probar que el suceso sobrevenido no es imputable a alguna de las partes, y verificar si reúne las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad<sup>261</sup> que acompañan a estas figuras, pues no cualquier hecho por sorpresivo y dificultoso que resulte tiene la virtualidad de suspender el contrato.

Sobre la prueba del hecho sobrevenido constitutivo de fuerza mayor durante la ejecución del contrato la Sección Tercera del Consejo de Estado dejó sentado lo siguiente:

*“Se tiene así que para el contratista la zona de la obra presentó un crudo, intenso y fuerte invierno durante diferentes meses de los años 1992, 1993 y 1994...”*

*Sin embargo, no aportó al proceso medios demostrativos de esos fenómenos que alegó durante la ejecución del contrato... (...)*

*No bastaba entonces alegar y reclamar con fundamento en fuertes inviernos o derrumbes, pues se considera que el contratista estaba preparado para asumir tales situaciones, cuando formuló su propuesta bajo el juramento de que conocía las características de la zona. Con mayor razón si se tiene en cuenta que el invierno es un fenómeno natural y previsible en el territorio colombiano, no es por sí solo un hecho que escape al conocimiento previo del contratista; de manera que, cuando se invoca como evento constitutivo de fuerza mayor, deben probarse los elementos que lo determinan.*

*El demandante, además de que no demostró la imprevisibilidad de los hechos que alegó, tampoco probó que los mismos fuesen irresistibles (...). En este sentido los tratadistas Mazeaud y Tunc afirman: “El que celebre un contrato con conocimiento de los sucesos susceptibles de impedirle el cumplimiento, no puede alegar la fuerza mayor”<sup>262</sup> <sup>263</sup>.*

259 Al respecto ver la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la que se analizó la suspensión de un contrato por la acción de los trabajadores de un sindicato, radicado: 11.101 del 20 de febrero de 1998.

260 Ley 734 de 2002. “Artículo 160. Medidas preventivas. Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería Distrital de Bogotá adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida solo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien este delegue de manera especial, y el Personero Distrital”. **Texto tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 2003; artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-977 de 2002, con respecto de los cargos analizados y en los términos de la parte motiva de la sentencia.**

261 “[L]a fuerza mayor solo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias...En síntesis, **para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisible**, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible **debe ser exterior del agente**, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...’”. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 15 de junio de 2000. Radicado: 12.423. (Resalta la Sala.)

262 “[P] Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil; Buenos Aires, EJE, 1.977, T.II, Vol. II, p. 179”.

263 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, radicado: 14.781.

Respecto a la demostración del carácter imprevisible del hecho la Sección Tercera señaló en otra sentencia:

*“Ninguna duda tiene la Sala sobre la presencia de una severa temporada de lluvias en la zona por donde transcurrió la línea del oleoducto. (...) dificultando en grado sumo la labor de los obreros, impidiendo el desempeño eficaz de la maquinaria, retardando el ritmo de la construcción y, obviamente generando problemas y sobrecostos financieros para la compañía constructora.*

*No obstante, estima la Sala que en tratándose de dificultades resultantes del factor climático, el mismo no resulta extraño en esa y en casi todas las regiones del país, dada su ubicación geográfica, a causa de la cual la permanencia de una temporada de invierno o de verano casi siempre es incierta y susceptible de inesperadas variaciones. Tal circunstancia no podía pasar desapercibida para las partes y de manera especial para la contratista”<sup>264</sup>.*

## **b. Suspensiones motivadas en procura del interés público**

Aun cuando la suspensión de los contratos estatales fue concebida inicialmente para superar situaciones de fuerza mayor o caso fortuito<sup>265</sup>, la jurisprudencia administrativa evidencia, cada vez con mayor frecuencia, la suspensión de la ejecución de los negocios jurídicos por causas atribuibles a la Administración en condiciones en las que se considera necesaria a fin de evitar un mayor perjuicio contra el interés público. Al efecto manifestó la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“Desde otra perspectiva, como ya se ha indicado, es claro y así se encuentra probado, que la administración desatendió el deber legal de adquirir los predios que necesitaba para la construcción de la carretera, previamente a la apertura de la licitación, mediante el procedimiento previsto por el Título III de la Ley 9 de 1989. Igualmente pretermitió el deber que le imponía el artículo 26 del Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente), de realizar los estudios ambientales necesarios antes de acometer el proyecto de infraestructura, **omisiones que imperativamente, determinaron el incumplimiento de sus obligaciones contractuales frente a su co-contratante particular, independientemente de la conveniente suspensión del contrato, porque la ausencia total de esos elementos y requisitos a cargo de la entidad contratante hicieron imposible la ejecución de las obligaciones asumidas por el contratista particular.***

*La omisión de estos deberes no tienen cabida en el concepto de fuerza mayor o caso fortuito definido por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, puesto que era clara y perfectamente previsible (la ley así lo determinaba), que para construir la obra se requería tanto de los predios como de los estudios ambientales y por lo tanto, la ausencia de esos elementos era evitable puesto que de haberse realizado los trámites correspondientes la obra no se hubiera paralizado; por ello es cierto que **los hechos invocados, aunque reales, no eran constitutivos de fuerza mayor o de caso fortuito.** No obstante lo anterior, en el Pliego de*

264 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de mayo de 1996, radicado: 10.151.

265 Conforme al antecedente del artículo 57 del Decreto Ley 222 de 1983, derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

*Condiciones, numeral 3.03, que hace parte integral del contrato de obra pública CVT-0001-91, se reguló la suspensión del contrato por causas imputables a la Administración (...)*

**Significa entonces que en el contrato sí se previó la posibilidad de que las partes pudieran suspenderlo no solo por circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, sino también cuando se dieran hechos o causas imputables a la entidad contratante, que impidieran la continuidad de la obra.**

*A lo anterior se agrega que las partes, de mutuo consenso, admitieron este hecho como fundamento suficiente para convenir la suspensión del contrato y así lo plasmaron en un documento que se convirtió en ley para ellas, según los mandatos del artículo 1602 del C.C., en cuya virtud todo contrato legalmente celebrado debe tenerse como una ley para los contratantes.*

*Las razones anteriores llevan a concluir que el Acta No. 3 de suspensión temporal del contrato está ajustada a la legalidad, por cuanto **las motivaciones que llevaron a suscribirla se encuentran enmarcadas por el interés público y el cumplimiento de los cometidos estatales**, sin que por ello desaparezca la responsabilidad que le corresponde a la Administración por no contar con los estudios, planos, predios y licencias, requeridos de manera indispensable para la ejecución de la obra*<sup>266</sup>. (Resalta la Sala).

En este punto, hace notar la Sala que los pronunciamientos judiciales que dan cuenta de las suspensiones originadas en circunstancias distintas a eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pueden evidenciar desatención de la Administración a los estrictos deberes de conducta que exige el desarrollo de la fase preparatoria y de planeación del contrato, descuido que desencadena dificultades en la ejecución, ya sea por ausencia de requisitos indispensables, como serían licencias y permisos ambientales o de construcción, o por la falta de los terrenos indispensables para las obras por demoras en su adquisición<sup>267</sup>.

Así las cosas, la suspensión acordada de la ejecución de los contratos no puede convertirse en un mecanismo para amparar incumplimientos de cualquiera de las partes, o corregir los efectos del incumplimiento, pues no está concebida como una figura que exonere a la entidad estatal de su deber de planeación, ni el deber del contratista de cumplir cabalmente sus obligaciones. Su finalidad es preservar el vínculo contractual cuando surgen eventos de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan temporalmente la ejecución del negocio jurídico.

<sup>266</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado: 14.287.

<sup>267</sup> A manera de ejemplo ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de marzo de 2003, radicado 12.431 (se suspendió el contrato por un error protuberante de la entidad contratista respecto a los cálculos de la cantidad de pavimento en un contrato de obra). En la sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 14.287 (la suspensión obedeció a la oposición de propietarios de predios por donde se trazó la carretera pues la administración no negoció con los propietarios antes de celebrar el contrato). En la sentencia del 31 de agosto de 2011, radicado 18.080 (algunas de las razones de suspensión se dieron en este caso por la necesidad de realizar obras que no estaban previstas, tales como traslado de redes de servicios públicos cuya decisión dependía de otras autoridades y el cambio de los diseños de la obra). En la sentencia del 28 de abril de 2010, radicado 16.431, (se dejó sentado que la interrupción en la ejecución del contrato se debió a una circunstancia estrictamente atribuible a la entidad contratante, consistente en la falta de suministro de los materiales establecidos en el respectivo convenio de obra pública, y que estaban a cargo de la misma), entre otras sentencias.

Recuerda la Sala que, si bien la tarea de la Administración en la contratación estatal es velar por la protección del interés público ínsito en los contratos estatales, que compromete el cumplimiento de necesidades impostergables de la comunidad, dicha finalidad no habilita a las entidades para utilizar cualquier medio en el logro del interés público propuesto. Por el contrario, las herramientas jurídicas que decida utilizar el Estado para cumplir este fin deberán ser legítimas y estar plenamente justificadas.

## 5. Contratos estatales en los que opera la suspensión acordada de la ejecución de las obligaciones contractuales

Como se señaló no existe en nuestra legislación una regulación expresa del fenómeno de la suspensión en la ejecución de los contratos, mucho menos un listado taxativo que describa los supuestos de hecho y los tipos de contratos en los que la figura sea procedente, lo que dificulta establecer una regla general al respecto, máxime cuando la amplitud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 admite multiplicidad de hipótesis en el desarrollo de la actividad contractual del Estado<sup>268</sup>.

Sin embargo considera la Sala que, como la suspensión de la ejecución del contrato estatal se sustenta en gran medida en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y como dentro de ese marco conceptual el contenido del negocio jurídico generalmente está determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo, la cláusula de suspensión, o los acuerdos de suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato, podrían pactarse en cualquier tipo de contrato estatal, por regla general.

Ahora bien, dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes deberán en cada caso concreto: (i) ponderar que la naturaleza del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales<sup>269</sup>, y (iv) demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público.

## 6. La suspensión temporal de la ejecución de los contratos estatales no es una potestad de la administración ni una facultad del contratista

También se solicitó a la Sala pronunciarse sobre si la suspensión temporal del contrato puede considerarse como potestad de la administración o facultad unilateral del contratista.

268 Ley 80 de 1993. "Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, (...)."

269 "Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley". Corte Constitucional, sentencia C-949 de 2001.

La actividad contractual debe someterse al principio de legalidad<sup>270</sup> y por tanto, como la ley no regula la suspensión del contrato como potestad, prerrogativa o privilegio de la entidad estatal<sup>271</sup>, ni faculta al contratista a ejercerla, debe concluirse que esta adopta una única modalidad: solo se puede derivar de la voluntad común o conjunta de las partes.

En otras latitudes, la suspensión de la ejecución de los contratos sí se contempla como una prerrogativa de la administración y se vincula su regulación a la modificación del contrato<sup>272</sup>. Por ejemplo, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en España se dispone que la suspensión de los contratos puede darse por motivos de interés público<sup>273</sup> y se deriva de la “*potestas variandi*”; adicionalmente se establece la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista con su ocurrencia<sup>274</sup>, y se señala que la indemnización depende del tiempo que dure la suspensión<sup>275</sup>. En nuestro país, sobre la posibilidad de que la Administración haga uso de la suspensión del contrato de forma unilateral, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

**“La Sala considera que la suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional<sup>10</sup> que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en los casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad<sup>11</sup>, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos. (...)**

270 “La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, radicado: 15.324.

271 Las cláusulas exorbitantes son una especie de potestad de la Administración dentro del contrato, que en algunos casos opera por mandato de la ley y en otras ocasiones por voluntad de las partes. En efecto, el artículo 14 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, establece que en contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra se pactaran cláusulas excepcionales; si no se pacta, se consideran pactadas. En otros contratos es facultativa su consagración pues en la disposición *eiusdem*, se contempla la posibilidad, no la obligación, de pactar cláusulas excepcionales en los contratos de suministro y prestación de servicios. Las cláusulas excepcionales utilizadas por las entidades estatales en los contratos en que se pacten, por acuerdo o de manera obligatoria, son: la interpretación unilateral del contrato (artículo 15 Ley 80 de 1993); la modificación unilateral (artículo 16 *ibidem*); la terminación unilateral (artículo 17 *ibidem*); la caducidad del contrato (artículo 18 *ibidem*); la cláusula de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado (artículo 19 *ibidem*); y la cláusula de sometimiento a las leyes nacionales en los contratos enumerados en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

272 Referente a la ley española de contratos del sector público se indicó: “Pues bien, los principales privilegios administrativos en materia de contratación son: el poder de dirección, inspección y control de las obras, el poder de interpretación unilateral del contrato, la potestad de modificar el contrato por razón de interés público (“*potestas variandi*”), la potestad de suspender las obras por motivos de interés general, la inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativo, el régimen especial de mora administrativa, potestad de resolución unilateral del contrato y del principio de ejecutividad de los acuerdos”. Cfr. Rodríguez Arana, Jaime. “Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas”. 2008.

273 Cfr. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (...) “CAPÍTULO IV. Modificación de los contratos. Artículo 219. Potestad de modificación del contrato.// 1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma prevista en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211. // En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.// 2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156”.

274 *Ibidem*. “Artículo 220. Suspensión de los contratos.// 1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 216, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.// 2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este”.

275 *Ibidem*. “Artículo 216. Pago del precio. (...)// 5. Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley.// 6. Si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen”.

***En el sub - lite, la suspensión fue decretada por la entidad contratante, sin que mediara facultad legal que habilitara hacerlo unilateralmente, pues, dentro del régimen contenido en la Ley 80 de 1993, no se contempla tal posibilidad; además, para decretar la suspensión, la Administración adujo fallas en la construcción que no permitían adoptar tal tipo de medida y dejó en suspenso el contrato, de manera indefinida en el tiempo***<sup>276</sup>. (Resalta la Sala).

Posteriormente el Consejo de Estado reiteró su posición sobre la imposibilidad de que alguna de las partes declarara la suspensión unilateralmente. Al respecto indicó lo siguiente:

*“[L]a suscripción del acta de suspensión del plazo del contrato por mutuo acuerdo, era la conducta legal y contractual adecuada ya que **la ley no concibe la suspensión unilateral del mismo** y pese a que no es la oportunidad para analizar si la causa que motivó la suspensión del contrato es constitutiva de una fuerza mayor o de un caso fortuito que justifique la misma, **lo cierto es que de otra manera distinta a la voluntad de las partes no era procedente que el plazo del contrato se suspendiera**, principio de la contratación pública que hoy se mantiene vigente”*<sup>277</sup>. (Resalta la Sala).

Bajo las condiciones expuestas la suspensión temporal del contrato estatal requiere la concurrencia de la voluntad de los contratistas, lo que excluye la posibilidad de declararla unilateralmente. Lo anterior sin perjuicio de la suspensión de “*facto*”, en la cual no hay acuerdos, sino que únicamente se dejan constancias escritas de la ocurrencia de los eventos que impiden continuar con el cumplimiento de la obligación pactada.

## 7. Los plazos del contrato estatal y la fecha de terminación del contrato

Antes de abordar el análisis de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que cita el consultante, resulta conveniente precisar que los efectos que con la suspensión se derivan sobre los tiempos del contrato estatal no ocurren sobre el plazo total o los plazos parciales del contrato propiamente dichos, sino sobre la fecha de terminación del contrato. Sobre la distinción de estos dos conceptos se ha señalado:

*“La doctrina nacional y extranjera ha entendido, ab antiquo, que el plazo es el lapso, el periodo o el intervalo de tiempo que corre entre dos momentos, mientras que el término es el límite que culmina ese plazo. De esta manera el plazo es el lapso de tiempo que transcurre hasta un término y el término es el momento cierto o determinado en el que culmina un plazo; en otras palabras, el “término es, pues, un punto límite, en cambio el plazo es un lapso. (...)”*

*De lo anterior deducimos que siempre que nos referimos a un plazo fijamos un término, pues mientras el primero es el lapso de tiempo, el segundo determina el momento en que ese periodo culmina. El plazo siempre se refleja en una cualquiera de las distintas y variadas*

<sup>276</sup> “[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15.324... “[1] *Ibidem*” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2012, radicado: 17.434.

<sup>277</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de octubre de 1999, radicado 10.929.

*fórmulas que permiten contabilizar el paso del tiempo, siendo las más utilizadas las horas, los días, los meses y los años; y, por su parte, el término es la fecha o momento cierto en el que dicho conteo finaliza indefectiblemente, siendo el día la más común de las formas de especificarlo*<sup>278</sup>

Se recuerda que conforme al artículo 1551 del Código Civil “*el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación*”, lo cual significa que en las obligaciones a plazo el cumplimiento está supeditado a la llegada de esa fecha, momento en el cual son exigibles las obligaciones que se contrajeron.

Esta regla de derecho común no es ajena a la contratación estatal, pues en cualquier tipo de contrato que celebre la administración se dispone de un plazo limitado en el tiempo de acuerdo a su objeto.

Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que existen una serie de plazos para la ejecución del contrato, unos parciales dentro de los cuales el contratista debe ejecutar el contrato de tracto sucesivo, y uno de mayor importancia que es aquel que corresponde, según el caso, ya sea a la terminación definitiva de la obra, o a la entrega del último suministro o del estudio o diseño que se ha confiado<sup>279</sup>. Refiriéndose al plazo de ejecución de los contratos estatales la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo:

*“Del plazo para la ejecución del contrato*

*(...) El plazo es determinado (tanto días o años después de la fecha), o indeterminado pero determinable (se ignora el día, pero se sabe que llegará). Según sus efectos, el plazo puede ser suspensivo o extintivo; en el primer evento se suspenden el derecho y el deber de la obligación hasta que llegue el término fijado, vencido el cual se puede ejercer el primero y se torna exigible el último (por ejemplo, un contrato con pago a tantos días, meses o años); y en el segundo, se acaban, expiran o desaparecen (por ejemplo, un contrato en el que se fija que llegada una fecha cierta fenecen los derechos y obligaciones derivados del mismo).*

*(...)*

*En el contrato estatal, la estipulación del término dentro del cual se debe construir la obra, prestar los servicios o entregar los suministros, resulta de singular importancia y relevancia jurídica (...) debido a la necesidad e interés público que se pretende satisfacer con él, razón por la cual, por regla general, se define un plazo fijo o determinado por la Administración en los pliegos de condiciones (art. 30.2 Ley 80 de 1993) o en los documentos de la contratación, que luego asume convencionalmente el contratista para ejecutar y cumplir sus prestaciones en tiempo oportuno.*

*Dicho plazo, es un elemento del contrato que debe ser establecido de acuerdo con su modalidad o tipología, en función a la obtención de los bienes y servicios que se requieren*

278 PINILLA GALVIS, Álvaro Pinilla. “Breves comentarios a las reglas vigentes para el cómputo de plazos o términos de origen legal” En Revista de Derecho Privado No 24 de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. P. 285 Tomado de internet: [www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co).

279 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999, radicado 10.269.

*en un tiempo normal, razonable y con sujeción a las condiciones que demande el objeto del contrato que los involucre. Por lo regular, en los contratos de tracto sucesivo (por ejemplo en el de obra pública) se establece un plazo general de ejecución del objeto del contrato y algunos plazos parciales para el cumplimiento de las obligaciones, que luego quedan reflejados en un programa de trabajo y un cronograma de actividades, instrumentos estos que con posterioridad permiten a la entidad pública realizar la dirección, vigilancia y control del acatamiento de las prestaciones en los términos previstos y con la observancia de las especificaciones técnicas exigidas. En los contratos de ejecución instantánea ese plazo es único. (...)*<sup>280</sup>

En esa misma decisión señaló sobre el plazo de liquidación lo siguiente:

*“El plazo para la liquidación del contrato. En lo atinente a la oportunidad para la realización de la liquidación de un contrato de la Administración, se destaca que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, vacío legal que colmó la jurisprudencia en el sentido de que las partes tenían cuatro (4) meses para hacerla de mutuo acuerdo a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato o dentro del término por ellas acordado (...) y, luego la Administración debía proceder a liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento de los términos para hacer la liquidación de mutuo acuerdo. (...)*

*En este orden de ideas, se destaca que determinados contratos de la Administración (“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran”) tienen dos etapas: una de ejecución, para cumplir en forma oportuna y puntual las obligaciones y el objeto del contrato por las partes; y otra para su liquidación, con el propósito de conocer en qué estado y en qué grado quedó esa ejecución de las prestaciones y extinguir finalmente la relación contractual”<sup>281</sup>.*

## **8. Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado aportada por el consultante sobre los efectos en el plazo de la suspensión del contrato**

La natural consecuencia del carácter temporal de la suspensión, es que al desaparecer la causa que la originó –fuerza mayor, caso fortuito o interés público–, debe concluir también la suspensión del contrato y deben reanudarse de modo subsecuente las obligaciones. Pero ¿qué ocurre con el tiempo que transcurre durante la suspensión de la ejecución del contrato? ¿Modifica el plazo de ejecución inicialmente pactado? ¿Adiciona el contrato en su vigencia o plazo? ¿La fecha de finalización del contrato cambia como consecuencia de la suspensión?

El Ministerio consultante citó tres jurisprudencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de las cuales seleccionó párrafos y proposiciones jurídicas que hacen referencia a los efectos de la suspensión sobre el plazo de ejecución del contrato estatal. Se precisa que los apartes de las sentencias citadas y los demás extractos de las decisiones que

<sup>280</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, radicado 17.031.

<sup>281</sup> *Ibidem*.

se incluyen en el análisis que sigue, no constituyen la razón o el argumento esencial de dichas sentencias, la denominada “*ratio decidendi*”; por lo anterior, los argumentos transcritos se estiman en este concepto únicamente con carácter expositivo y aclarativo.

#### a. Dos providencias en las que se considera claramente que el plazo se proroga por efecto de la suspensión

Los pronunciamientos de que tratan los antecedentes 1) y 3) *ut supra*, no dejan duda de que la suspensión acordada entre las partes afecta de manera puntual la fecha pactada para el cumplimiento de la obligación principal sin que se afecte el vínculo contractual. Y ante la imposibilidad de ejecutar el contrato las obligaciones no se hacen exigibles y el término o plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Es decir, el contrato se paraliza como si el tiempo se detuviera<sup>282/283</sup>.

#### b. Análisis de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431

Citó el Ministerio consultante una sentencia más en la que textualmente se señaló:

*“En efecto, la finalidad de la **suspensión del contrato estatal**, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que **debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición**. Por lo tanto, **la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional** y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero **sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes**”<sup>284</sup>. (Resalta la Sala).*

Las expresiones contenidas en esta providencia: “*por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo*” y “*pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes*”, a juicio del consultante son contradictorias entre sí, y en relación con las decisiones jurisprudenciales antes citadas, conforme a las cuales la suspensión tiene efectos sobre el plazo pactado por las partes para el cumplimiento de las obligaciones.

Sea lo primero decir que el aparte extractado por el consultante no forma parte de la “*ratio decidendi*”, ya que en efecto la mencionada sentencia no pretendía establecer si se prolongaba o no el plazo para el cumplimiento del contrato. En ese caso, el contrato se suspendió indefinidamente y la obra no fue ejecutada. Así lo evidenció la sentencia al referirse al caso concreto:

282 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de julio de 2008, radicado: 16.344.

283 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 2012, radicado: 17.434.

284 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431.

*“De igual forma se constató que el contrato de obra No. 303 de 1994 fue suspendido de manera indefinida y de común acuerdo por las partes, previa solicitud del contratista, ya que, según se especificó en el respectivo documento, el Fondo de Vivienda de Arauca no había suministrado la teja de la cubierta, los elementos sanitarios, las puertas y ventanas, elementos todos necesarios para la ejecución de la obra.”* (Resalta la Sala).

El punto central de argumentación en esta providencia era la forma en que debían resarcirse los perjuicios materiales derivados de la parálisis del contrato ante un incumplimiento de alguna de las partes, independientemente de que en la suspensión del contrato se hubiera establecido formalmente algún plazo o condición de la suspensión. Señaló el mencionado fallo:

*“En el asunto sub examine, es evidente que se suspendió de manera irregular el contrato estatal, toda vez que no se fijó el plazo o la condición a la que estaría sometida la misma; no obstante lo anterior, ello no constituye óbice para que el contratista pudiera reclamar judicialmente el incumplimiento, así como el pago de las sumas que se dejaron de cancelar por cuenta del negocio jurídico, las cuales, en el caso concreto, corresponden al saldo que quedó pendiente respecto del valor total del mismo”<sup>285</sup>.* (Resalta la Sala).

No obstante, encuentra la Sala que la afirmación *“sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes”*, que se encuentra más adelante de la expresión *“por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo”* (en la sentencia supra citada del 2010), no son contradictorias entre sí ni con las otras decisiones citadas por el consultante, pues en efecto, la suspensión incide en la fecha de terminación del contrato, más no modifica el acuerdo inicial, pues el plazo del contrato no se adiciona, sigue siendo el mismo.

## 9. Conclusiones de la Sala sobre los efectos de la suspensión en el tiempo

Se ha establecido que durante la ocurrencia de la suspensión acordada por las partes en la ejecución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutarlo, no se hacen exigibles determinadas obligaciones y el plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Esto es que el tiempo “se detiene”, y en consecuencia no se contabiliza.

Por consiguiente, al reanudar el cumplimiento de las obligaciones, el vencimiento del plazo que inicialmente estipularon las partes se posterga por un término igual al que duró la parálisis del negocio jurídico, lo que implica que se altera o desplaza la fecha de finalización del contrato.

Ahora bien, debe advertirse que la forma en que la suspensión incide en el plazo de la ejecución del contrato no es modificándolo pues en estricto sentido este continúa siendo el mismo que inicialmente se pactó. Lo que ocurre es que, por el efecto mismo de la figura, se deja de contabilizar el tiempo y reinicia el conteo una vez termina la suspensión del

285 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431.

contrato. Lo que cambia entonces no es el plazo, sino el término o la fecha determinada en el contrato para el cumplimiento de la obligación principal.

Por ejemplo, si el cumplimiento de un contrato se sometió a la modalidad de un plazo extintivo de 31 días que inició el 1 de marzo y debía terminar el 31 de ese mes, y el contrato se suspendió desde el 5 de marzo hasta el 11, (*e.i.*, por 6 días), esto implica que el plazo de cumplimiento de las obligaciones no expiró el 31 de marzo pues en esa fecha apenas habían transcurrido 25 días del plazo pactado, sino que se postergó por los 6 días de suspensión y en consecuencia la fecha para cumplir el contrato se trasladó en el tiempo y pasó a ser el 6 de abril, pero como puede advertirse el plazo de ejecución sigue siendo el mismo: los 31 días estipulados.

Aclara la Sala que si bien el plazo en la contratación estatal es considerado siempre como un factor relevante del contrato, en algunos casos la oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones es absolutamente determinante e inalterable, (*v.g.*, –el suministro de pantallas gigantes para la inauguración de unos juegos olímpicos, o la provisión de tarjetones electorales para las elecciones presidenciales programadas para un día cierto–), y por tanto, el desplazamiento de la fecha para el cumplimiento del contrato a pesar de la ocurrencia de la suspensión no procede.

También es improcedente postergar la fecha de terminación del contrato cuando se evidencia la imposibilidad material de cumplir el objeto contratado al reiniciar el contrato suspendido, pues no podría admitirse la extensión del tiempo para cumplir un objeto imposible o que ya no existe. Pueden existir otros elementos determinantes que hagan impostergable la fecha de terminación de los contratos estatales a pesar de la ocurrencia de la suspensión o de circunstancias que la permitan. Entiende la Sala que no es posible realizar un inventario que incluya todas las posibilidades por lo que resultará siempre forzoso hacer el análisis caso por caso.

## 10. Estado de la cuestión

- a. Conforme a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se puede concluir que la suspensión en la ejecución del contrato estatal es una medida excepcional cuya finalidad es salvaguardar la continuidad de la relación contractual y que puede producirse por razones de fuerza mayor o caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en la ejecución de lo contratado.
- b. Dependiendo de la magnitud de la causa que origine la suspensión esta puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás.
- c. Actualmente la suspensión temporal de los contratos estatales no está expresamente regulada. Lo estuvo en vigencia del anterior Estatuto de

Contratación Estatal, artículo 57, Decreto Ley 222 de 1983 derogado por la Ley 80 de 1993

- d. El Estatuto de la Contratación Estatal dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de reconocer situaciones que hagan plausible la suspensión en forma temporal y justificada de la ejecución de algunas obligaciones del contrato estatal.
- e. Como la suspensión de la ejecución del contrato estatal se sustenta en gran medida en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y como dentro de ese marco conceptual el contenido del negocio jurídico generalmente está determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo, la cláusula de suspensión, o los acuerdos de suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato podrían pactarse, por regla general, en cualquier tipo de contrato estatal.
- f. Dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes al decidir sobre la suspensión deberán: *(i)* ponderar que la naturaleza y el contenido del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, *(ii)* verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, *(iii)* garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y *(iv)* demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público.
- g. La ley no regula la suspensión del contrato como una potestad, prerrogativa o privilegio de la entidad estatal, ni faculta al contratista a ejercerla, de manera que esta adopta una única modalidad: solo se puede derivar de la voluntad común o conjunta de las partes.
- h. Si la naturaleza o contenido del contrato lo permiten, el tiempo de suspensión de la ejecución del contrato no se imputa, de manera que la fecha de terminación del plazo del cumplimiento de las obligaciones afectadas con la suspensión se posterga. El plazo de ejecución inicialmente pactado no se adiciona ni modifica; únicamente se desplaza y altera la fecha de terminación.

### **C. EL PRINCIPIO DE ANUALIDAD FISCAL. MECANISMOS QUE PERMITEN CONSERVAR LA APROPIACIÓN PRESUPUESTAL ANTE LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN EN EL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

En Colombia para el régimen presupuestal (programación y ejecución) rige el principio de anualidad fiscal.

Conforme a la Constitución Política se impone un período o vigencia anual del presupuesto, tanto al momento de prever la obligación del Gobierno de formular anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones para su presentación al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura (artículo 346), como al regular la repetición del presupuesto del año anterior cuando no hubiera sido presentado dentro del plazo de diez días señalado (artículo 348), y también al ordenar que el proyecto de ley de apropiaciones contenga la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva (artículo 347).

Esta periodicidad se introdujo en la legislación orgánica de presupuesto<sup>286</sup> que incluyó entre los principios rectores del presupuesto general de la Nación el de anualidad<sup>287</sup>, conforme al cual el período fiscal corresponde al año calendario<sup>288</sup>. En consecuencia, después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a estas en los períodos fiscales posteriores (artículo 14 del Decreto 111 de 1996 que reproduce el artículo 10 de la Ley 38 de 1989<sup>289</sup>). Sobre el principio de anualidad de los presupuestos la Corte Constitucional sostuvo:

*“En efecto, conforme a la Constitución y a ley orgánica, en Colombia rige el principio de anualidad (CP art. 346), por lo cual una partida debe ser ejecutada o comprometida en el año fiscal respectivo, pues si ello no ocurre, la partida o los saldos de apropiación no afectados por compromisos inevitablemente expiran o caducan, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a ella en los períodos fiscales posteriores (...)*

*Esto muestra que las apropiaciones presupuestales no son órdenes de gasto sino que constituyen, como bien lo señala la propia legislación orgánica presupuestal, “autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva” (Art. 89 del decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto que compila los artículos 72 de la Ley 38 de 1989, 38 de la Ley 179 de 1994 y 8º de la Ley 225 de 1995). La ley anual de presupuesto, al apropiar una determinada partida, está entonces estableciendo el monto máximo de gasto estatal para una determinada finalidad y en un período específico<sup>290</sup>.*

286 Contenida en las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994, 225 de 1995, algunas disposiciones de la 617 de 2000 y en la Ley 819 de 2003, compiladas las tres primeras por el Decreto 111 de 1996.

287 De conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Decreto 111 de 1996, por el cual se estableció el Estatuto Orgánico de Presupuesto, son principios del sistema presupuestal: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, inembargabilidad, la coherencia macro económica y la homeóstasis (Ley 38 de 1989, artículo 80. Ley 179 de 1994, artículo 40.).

288 Decreto 111 de 1996. “Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción” (artículo 10 Ley 38 de 1989).

289 Sobre esta disposición la Corte Constitucional en sentencia C-478 de 1992 sostuvo: “El principio de la anualidad. Según el artículo 10 de la Ley 38 de 1989, los procesos presupuestales se cortarán anualmente y solo excepcionalmente se trasladan al año siguiente débitos contra el tesoro o reservas no utilizadas. Esta Corporación no encuentra que esta norma vulnere lo dispuesto por el artículo 339 de la Carta Política en lo relativo a los presupuestos plurianuales vinculados con el plan de inversiones. El establecimiento de un ejercicio fiscal anual, por razones estructurales, operativas y tributarias, entre otras, no riñe con la consagración de un horizonte plurianual del componente de inversión cuando ello sea necesario”. La Constitución, por estas razones, conserva el principio de anualidad en los artículos 346, inciso primero, 348 y 350”.

290 Corte Constitucional, sentencia C-192 de 1997. En igual sentido v. et sentencia C-337 de 1993.

En síntesis, la consecuencia jurídica del principio de anualidad es que las partidas o apropiaciones contenidas en el presupuesto solo pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran.

Lo anterior no significa que solo se pueden comprometer recursos apropiados en una vigencia fiscal para ser ejecutados en la misma vigencia, pues la legislación orgánica reguló la posibilidad de comprometer recursos de vigencias futuras presupuestales futuras diferentes a aquella en que se realiza el compromiso.

Este mecanismo denominado vigencias futuras es de dos clases: las vigencias futuras ordinarias, respecto de la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso<sup>291</sup>, y las vigencias futuras excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización<sup>292</sup>.

Ahora bien, dada la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen de presupuesto, el principio de anualidad fiscal y los mecanismos presupuestales previstos en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, traen implicaciones para la contratación estatal<sup>293</sup>.

En primer término, el principio de anualidad implica que la Administración debe ceñirse a la planificación que se ha hecho para la celebración y ejecución de los contratos dentro de la respectiva vigencia anual, de manera que, al cierre fiscal, las partidas presupuestales que fueron aprobadas por la ley de presupuesto hayan sido debidamente comprometidas y canceladas.

Si desde un comienzo se previó que la ejecución de un contrato debía extenderse más allá del período de vigencia anual, se recuerda que a través de la figura del compromiso de vigencias presupuestales futuras es posible hacer una programación del contrato. De

291 Ley 819 de 2003. "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones" (...) "Artículo 10. Vigencias futuras ordinarias. El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:// a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley; // b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas; // c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo. // La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo periodo de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Conpes previamente lo declare de importancia estratégica. // Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9º de la presente ley. El Gobierno reglamentará la materia. // El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Público Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo (...)"

292 *Ibidem*. "Artículo 11. Vigencias futuras excepcionales. // El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley. // (...)"

293 "Es inculcable la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen presupuestal; la relación es tan fuerte que ha sido una constante en los estatutos de contratación que ha tenido el país. (...) // No obstante reconocerse esta realidad jurídico-administrativa, la relación entre estos grandes regímenes del derecho administrativo –contratación y presupuesto no siempre es pacífica, aunque si necesaria, toda vez que en muchos casos entran en conflicto –y muy serios–, porque uno exige para su perfecta funcionalidad posibilidades de acción que al otro le dificultan la suya. Por ejemplo, el manejo anualizado del presupuesto es un gran sistema de administración de los ingresos y los egresos (...); pero en la contratación el año calendario no está asociado a la ejecución normal de las obras, a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. // En este sencillo ejemplo se advierte una tensión entre el sistema presupuestal y el sistema contractual (...). No obstante, si no es posible armonizarlos, no cabe duda que la ley sacrificará, en mucho o en poco, las pretensiones de eficiencia total de un sistema en detrimento del otro, privilegiando la lógica de funcionamiento de alguno. Esto produce, en principio, un resentimiento en el método de proceder del sistema jurídico afectado, pero mientras no sea inconstitucional le corresponde asumir la carga de subordinarse a la razón de su contradictor". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2014, radicado: 28.565.

esta forma previa autorización, se pueden adquirir compromisos cuando la ejecución del contrato inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en vigencias posteriores<sup>294</sup>.

Puede ocurrir también que aquellos contratos que debían cumplirse dentro de la respectiva vigencia anual y sobre los cuales no se autorizó previamente comprometer vigencias futuras, al terminar el año no estén concluidos y deban continuarse o pagarse durante la vigencia fiscal subsiguiente, hecho que obliga a preguntarse sobre los mecanismos adecuados para conservar la apropiación presupuestal de los recursos que habían sido presupuestados y que no pudieron ser gastados en la vigencia presupuestal respectiva.

Sea entonces lo primero advertir que el principio de ejecución anual del presupuesto no es absoluto sino que presenta excepciones señaladas en la ley<sup>295</sup>.

Para el efecto, considera la Sala que son aplicables a la ejecución del presupuesto en materia de contratación estatal las siguientes operaciones que ante los efectos de la suspensión en el término de la ejecución del contrato permiten conservar la apropiación presupuestal: *a)* las reservas presupuestales o de apropiación, cuando el objeto del contrato no fue cumplido dentro del año fiscal; *b)* las reservas de caja o cuentas por pagar, cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre pero no se le ha pagado al contratista.

### a. Reservas presupuestales o de apropiación

Las reservas presupuestales o de apropiación constituyen el reconocimiento y provisión para compromisos que se contrajeron legalmente durante la vigencia fiscal y que a la fecha en que fenece el respectivo presupuesto, esto es 31 de diciembre, no se han atendido por no haberse cumplido la totalidad de obligaciones o los trámites derivados del mismo, y por tanto no es posible ordenar su pago. Su fundamento legal está en el inciso 3º del artículo 89 del Decreto 111 de 1996 que indica:

*“Artículo 89. Las apropiaciones incluidas en el presupuesto general de la Nación, son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva. Después del 31 de diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contracreditarse.*

***Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales solo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen. (...)*** (Resalta la Sala).

<sup>294</sup> Cfr. Artículos 10 y ss. de la Ley 819 de 2003.

<sup>295</sup> Al respecto ver: NARANJO FLORES, Carlos Eduardo y CELY CUBIDES, Diego Mauricio. “Las excepciones al principio de anualidad en la contratación estatal”. En Revista de Derecho Fiscal No 4 de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. P. 248. En: [www.uexternado.edu.co/derechofiscal](http://www.uexternado.edu.co/derechofiscal).

Esta disposición implica que existe un compromiso legalmente adquirido sobre el que se ha realizado debida y oportunamente el registro presupuestal. En estos eventos, es preciso aclarar que el recurso con el que se pretende financiar el pago existe, y eso permite que se reserve o guarde, posibilitando que, aunque la ejecución del contrato no se haya terminado, el monto de la partida presupuestal entre a título de reserva en el nuevo presupuesto y el pago con estos dineros se realice en la siguiente vigencia fiscal.

Estas reservas se deben constituir en los registros internos de la entidad administrativa, y su relación debe ser enviada antes del 20 de enero de la vigencia siguiente a la Dirección General del Presupuesto Nacional, la cual las registra en su sistema de información y posteriormente las pone a disposición de la Dirección General del Tesoro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>296</sup>.

### b. Reservas de caja o cuentas por pagar

Al tenor del inciso 4º del artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, estas consisten en:

***“Artículo 89. (...) Igualmente, cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios”.*** (Resalta la Sala).

Estas reservas se configuran para atender compromisos adquiridos que al momento del cierre presupuestal ya son exigibles, sin que se haya realizado el pago efectivo de los mismos.

Así las cosas, la diferencia entre las reservas de apropiación y las reservas de caja radica en el hecho de que en las primeras no se ha cumplido con el objeto contractual, pero subsiste el negocio jurídico que debe cumplirse, mientras que en las segundas ya se ha cumplido la obligación y tan solo está pendiente el pago según el compromiso adquirido por el ente estatal. Las reservas de caja también deben constituirse y enviarse antes del 20 de enero de la vigencia siguiente a la Dirección General del Presupuesto Nacional<sup>297</sup>.

En síntesis, las normas presupuestales previeron la manera de cancelar los compromisos durante la vigencia fiscal en la cual se contraen o durante la inmediatamente siguiente con cargo al presupuesto de la vigencia anterior (cuentas por pagar y reservas presupuestales).

296 El artículo 7º del Decreto 4836 de 2011, compilado por el Decreto 1068 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”, señala: “Artículo 7º. Constitución de reservas presupuestales y cuentas por pagar. **A más tardar el 20 de enero de cada año, los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación constituirán las reservas presupuestales y cuentas por pagar de la respectiva sección presupuestal correspondientes a la vigencia fiscal anterior**, de conformidad con los saldos registrados a 31 de diciembre a través del Sistema Integrado de Información Financiera SIF Nación. En dicho plazo, podrán efectuar los ajustes a que haya lugar para la constitución de las reservas presupuestales y de las cuentas por pagar, sin que en ningún caso se puedan registrar nuevos compromisos.(...)// Las cuentas por pagar y las reservas presupuestales que no se hayan ejecutado a 31 de diciembre de la vigencia en la cual se constituyeron, expiran sin excepción. En consecuencia, los respectivos recursos de la Nación deben reintegrarse por el ordenador del gasto y el funcionario de manejo del respectivo órgano a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente a la expiración de estas.” (Resalta la Sala).

297 *Ibidem*.

Finalmente advierte la Sala que lo que se busca con la utilización de los mecanismos antes enunciados es evitar que a pesar de los contratiempos de la contratación estatal y los eventuales errores o negligencia en que puedan incurrir los servidores públicos encargados de pagar las obligaciones dinerarias de una entidad, se generen o se agraven los perjuicios económicos que estas situaciones puedan ocasionar tanto al contratista como a la entidad pública (por ejemplo, el pago de intereses moratorios, pagos a cargo de partidas judiciales o de conciliación de la entidad).

Sin embargo, se aclara que no por eso dejan de ser mecanismos presupuestales de uso restringido y excepcional, pues su utilización generalizada puede dar lugar a desvirtuar el principio constitucional de anualidad fiscal.

#### D. CONSIDERACIÓN FINAL

Sin perjuicio de lo señalado a lo largo de este Concepto sobre la posibilidad de acudir a los principios reguladores de la contratación estatal y a los principios del Estatuto Orgánico de Presupuesto para determinar las características generales de la suspensión en los contratos estatales, la Sala considera conveniente que el legislador regule, –en orden a evitar ambigüedades sobre el tema–, cuál es su fundamento legal, las clases de contratos en los que se podría pactar, las obligaciones que con la suspensión quedan vigentes, así como las que resultan imposibles de ejecutar, cuáles son sus elementos causales, sus consecuencias, particularmente las que se relacionan con la fecha de terminación del contrato, y los efectos presupuestales que se derivan para las partes con la medida de la suspensión del contrato.

Para estos efectos la Sala, en desarrollo de su función de preparación y revisión de textos normativos, estará atenta a prestar la colaboración que se estime necesaria.

Con base en lo anterior,

#### LA SALA RESPONDE

- 1 *¿Puede la suspensión de un contrato estatal, efectuarse de manera unilateral y en qué clase de contratos se aplicaría?*

La ley no regula la suspensión del contrato como potestad, prerrogativa o privilegio de la entidad estatal, ni faculta al contratista a ejercerla, de manera que esta adopta una única modalidad: solo se puede derivar de la voluntad común o conjunta de las partes.

- 2 *Cuando se hace referencia a que la suspensión del contrato estatal “incide de manera puntual en el plazo pactado para su cumplimiento”, ¿se entendería que el tiempo de la suspensión modifica obligatoriamente el plazo de ejecución inicialmente pactado, o por el contrario el mismo permanece inamovible?*
- 3 *De acuerdo a lo anterior, ¿cómo afecta la ejecución contractual, las frases NO ADICIONA Y SIN QUE SE IMPUTE, que estructuran las expresiones: “por lo tanto, la suspensión no*

*adiciona el contrato en su vigencia o plazo” y “pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes”?*

- 4. De acuerdo con la afirmación “por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido”. ¿Debe entenderse que la fecha de finalización estipulada inicialmente en cualquier modalidad de contratación estatal, no cambiaría como consecuencia de la suspensión?*

Durante la ocurrencia de la suspensión acordada por las partes en la ejecución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutarlo, no se hacen exigibles determinadas obligaciones y el plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Esto es que el tiempo “se detiene”, y en consecuencia no se contabiliza.

El tiempo de suspensión de la ejecución del contrato no se imputa al plazo pactado. La forma en que la suspensión incide en el plazo de la ejecución del contrato no es modificándolo pues en estricto sentido este continúa siendo el mismo que inicialmente se pactó; lo que ocurre es que se desplaza y se altera la fecha de terminación del plazo del cumplimiento de las obligaciones afectadas con la suspensión. Como es obvio deberá atenderse a que la naturaleza y contenido particular del contrato de que se trate permitan el efecto de desplazamiento de la fecha de su terminación, como se dejó analizado en este concepto.

- 5. Uno de los efectos de la suspensión del contrato de obra pública, es que permite que se extienda el tiempo suspendido a la ejecución del plazo inicial, ¿se podría aplicar la misma premisa en los contratos de prestación de servicios que conlleva el principio de la anualidad fiscal, los convenios interadministrativos, de consultoría y en general los establecidos en 32 (sic) de la Ley 80 de 1993?*

Por regla general, en cualquiera de los contratos estatales establecidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los efectos de la suspensión de las obligaciones en su ejecución están vinculados a la alteración o desplazamiento de la fecha de finalización del contrato inicialmente estipulada, independientemente del principio de anualidad fiscal implícito en toda la actividad contractual del Estado. Lo anterior sin perjuicio de analizar en cada caso la naturaleza y el contenido del contrato.

- 6. ¿Cuáles serían las causales de suspensión, su fundamento legal y en qué clase de contratos estatales operaría?*

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la suspensión del contrato puede producirse por razones de fuerza mayor y caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en la ejecución de lo contratado.

La suspensión, sus condiciones y los términos en los que se acuerda durante la ejecución del contrato estatal tiene fundamento legal en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes (artículo 1602 del Código Civil y artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de

1993), en el principio de la primacía del interés general (artículo 2º de la Constitución Política, artículo 3º de la Ley 80 de 1993), y de conservación del contrato (numeral 9º del artículo 4 y numeral 2º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993).

Como la suspensión de la ejecución del contrato estatal se sustenta en gran medida en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y como dentro de ese marco conceptual el contenido del negocio jurídico generalmente está determinado por las declaraciones de voluntad de quienes concurren al mismo, la cláusula de suspensión, o los acuerdos de suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato podrían pactarse, por regla general, en cualquier tipo de contrato estatal.

Empero, dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes al decidir sobre la suspensión deberán: (i) ponderar que la naturaleza y contenido del contrato estatal de que se trate admita la posibilidad de suspenderlo; (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres; (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y (iv) demostrar y justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público.

7. *¿Si la suspensión afecta varias vigencias fiscales, cuál es el mecanismo para conservar la apropiación presupuestal?*

Son aplicables a la ejecución del presupuesto en materia de contratación estatal las siguientes operaciones que ante los efectos de la suspensión en el término de la ejecución de algunas obligaciones del negocio jurídico permiten conservar la apropiación presupuestal:

- a. *Las reservas presupuestales o de apropiación, cuando el objeto del contrato no fue cumplido dentro del año fiscal.*
- b. *Las reservas de caja o cuentas por pagar, cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre pero no se le ha pagado al contratista.*

Remítase al Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

### 3. Oferta pública. Enajenación de la participación accionaria del Estado en las Sociedades por Acciones Simplificadas

#### Radicado 2289

Fecha: 05/07/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar (e)*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 30 de enero de 2017

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala acerca de la facultad y el mecanismo para que el Estado pueda enajenar su participación accionaria en Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) a la luz de lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política, la Ley 226 de 1995 y la Ley 1258 de 2008.

#### I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El artículo 60 de la Constitución Política permite que el Estado enajene su participación en una empresa. Con todo, la misma disposición exige que se adopten las medidas necesarias para que la propiedad se democratice y se ofrezca de forma preferente a un determinado sector social.
2. En desarrollo de lo dispuesto por la norma constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 226 de 1995.
3. A juicio del Ministerio, esta ley aplica en la enajenación de la participación accionaria del Estado en una SAS, pues el artículo 60, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, cubre todas las formas de participación estatal en el capital social empresarial. Igualmente, excluir a las SAS del ámbito de aplicación de la mencionada ley, atentaría contra las normas y la democratización de la propiedad.
4. El artículo 11 de la Ley 226 de 1995 exige que se realice una oferta pública a los destinatarios de las condiciones especiales, en la cual se les ofrezca la totalidad de las acciones que se van a enajenar. En esta dirección, cuando la participación estatal se encuentra representada en instrumentos financieros que ostenten la calidad de valores, es necesario hacer una oferta pública de acuerdo a los parámetros señalados por el Decreto 2555 de 2010.
5. La Ley 964 de 2005 establece que las ofertas públicas de valores deben previamente inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores – RNVE-. Sin embargo, la Ley 1258 de 2008 determinó que las acciones y demás valores que emitan las SAS no pueden inscribirse en dicho registro ni negociarse en bolsa.
6. Bajo este panorama, al ser la Ley 226 de 1995 aplicable para la venta de la propiedad accionaria del Estado en una SAS, surge el interrogante de si “en el evento en que las

acciones correspondientes se consideren valores, al Estado no le es posible enajenar la participación que tiene en dichas sociedades, toda vez que ello pareciera implicar necesariamente realizar una oferta pública de las acciones a enajenar, lo cual según otra ley, esto es la 1258, no puede realizarse respecto de dichas participaciones, pues las mismas no pueden inscribirse en el RNVE”.

7. Parecería entonces que existe una antinomia entre la Ley 226 de 1995 y la Ley 1258 de 2008.
8. Como solución a esta situación, el Ministerio considera que el Gobierno nacional podría incluir en el decreto que establece el programa de enajenación de una SAS, una disposición que excluyera el cumplimiento del requisito de inscripción en el RNVE al no tratarse de una enajenación de valores y de la oferta establecida en la Ley 964 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010.
9. Igualmente, otra opción para superar la presunta antinomia que se presenta es entender que la oferta pública que señala la Ley 226 de 1995 no se refiere a la oferta pública de valores, sino a un término genérico. Por lo tanto, sería posible realizar una oferta a todos los miembros del sector solidario sin que sea necesaria la inscripción en el RNVE.
10. Otra posibilidad es acudir a lo dispuesto por el artículo 5.2.2.2.1 del Decreto 2555 de 2010 el cual permite realizar una inscripción temporal en el RNVE de las acciones con participación pública. Así, atendiendo a una interpretación sistemática de las normas que materialice el principio de democratización de la participación social del Estado en las empresas, el registro temporal se realizaría únicamente con el propósito de negociar de manera general las acciones en el mercado público. Esta interpretación conlleva también entender que la Ley 226 prevalece en su calidad de norma especial sobre la Ley 1258, la cual es de carácter general.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿La Ley 226 incluye a las SAS dentro de su ámbito de aplicación? Es decir ¿la enajenación de participación estatal en tales empresas debe regirse integralmente por los mandatos señalados en la Ley 226?*
2. *En caso de que las SAS se encuentren excluidas de la Ley 226, ¿estas sociedades se podrían enajenar de conformidad con las normas vigentes para la enajenación y venta de los activos de la Nación, que no sean acciones o bonos convertibles en acciones?*
3. *En caso de que las SAS no se encuentren excluidas de la Ley 226 ¿puede el Estado enajenar su participación accionaria en una SAS, aún cuando la Ley 1258 prohíba el registro de las acciones de tales sociedades en el RNVE, impidiendo con ello que se adelante un proceso de oferta pública?*

4. *En caso de que sí sea posible para el Estado enajenar su participación social en las SAS y para superar la aparente antinomia entre lo dispuesto por la Ley 226 y la Ley 1258, frente a la inscripción de las acciones en el RNVE y la consecuente posibilidad de ofrecerlas en una oferta pública:*
- 4.1. *a. ¿La oferta pública que se exige en el artículo 11 de la Ley 226 de 1995, se puede entender en sentido genérico y no cómo la oferta pública de valores del Decreto 2555 de 2010?*
- b. Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa: ¿podría y debería el Gobierno nacional dejar explícito en el decreto por el cual se apruebe el respectivo programa de enajenación de participación estatal en una SAS, la aclaración de que la oferta pública a la que se refiere el proceso de enajenación es diferente al concepto de oferta pública de valores del Decreto 2555 de 2010, de modo que no se considere ilegal el proceso de venta por no haber surtido el proceso de inscripción de las acciones en el RNVE de manera previa?*
- 4.2. *a. ¿Podría entenderse que la Ley 226 debe aplicarse de forma especial a la Ley 1258 y en ese sentido entenderse que está permitida la inscripción temporal de las acciones de las SAS en el RNVE para el específico propósito de adelantar un proceso de enajenación regido por la Ley 226?*
- b. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa: ¿podría y debería el Gobierno nacional dejar explícito en el decreto por el cual se apruebe el respectivo programa de enajenación de participación estatal en una SAS, la posibilidad de inscripción temporal en el RNVE de las acciones de la sociedad, sin que pudiera considerarse ilegal por contrariar lo dispuesto por la Ley 1258?*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de responder a los interrogantes elevados en la consulta, la Sala se referirá inicialmente al fenómeno de la democratización de la propiedad. Posteriormente, analizará y resolverá los distintos problemas jurídicos que se plantean tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política, las Leyes 226 de 1995<sup>298</sup>, 964 de 2005<sup>299</sup> y 1258 de 2008<sup>300</sup>, así como también el Decreto 2555 de 2010<sup>301</sup>.

### a. La democratización de la propiedad

A través de la democratización de la propiedad estatal se pretende mejorar la interacción entre el trabajo y el capital, al tiempo que promover el fortalecimiento y desarrollo de

298 "Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones".

299 "Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones".

300 "Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada".

301 "Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones".

las empresas del sector privado, dentro de los marcos de la democracia industrial y de la democracia económica<sup>302</sup>. La primera hace referencia a la coparticipación de los trabajadores, junto con otros sectores de la sociedad, en el manejo y gestión de las empresas y busca reconocer a estos como partícipes fundamentales en el proceso de producción. Esta forma de reconocimiento encuentra sustento en los artículos 57 y 369 de la Constitución Política<sup>303</sup>.

Por su parte, la democracia económica pretende que los trabajadores y ciertos sectores de la sociedad accedan a la propiedad de las empresas y a los rendimientos que de su gestión se desprendan. La Constitución nacional reconoce esta forma de democracia en los artículos 58, 60 y 64<sup>304</sup>. Justamente, el referido artículo 60 señala:

*“El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.*

*Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia”.*

Esta norma constitucional establece dos preceptos diferentes. Así, mientras el primer inciso se refiere al derecho de todas las personas a acceder a la propiedad, el segundo reconoce el derecho de los trabajadores y de las organizaciones solidarias a adquirir la propiedad accionaria que posea el Estado<sup>305</sup>. Dentro de este marco, la jurisprudencia constitucional ha calificado la primera parte de la disposición como un principio, y a la segunda, como una regla que entraña un mandato definitivo.<sup>306</sup>

302 “Como lo ha señalado anteriormente este Tribunal, la democratización de la propiedad es una concepción económica y política que, particularmente después de la segunda guerra mundial, han tratado de instaurar, con mayor o menos éxito, las sociedades del mundo occidental, “como una estrategia para acercar y mejorar las relaciones entre el trabajo y el capital y lograr la mutua cooperación en el fortalecimiento y desarrollo de la actividad de las empresas del sector privado”. Esta política puede suponer, por una parte, la coparticipación de los trabajadores y de otros sectores de la sociedad en el manejo y gestión de las empresas (democracia industrial), y por la otra, la posibilidad de que éstos accedan a la propiedad o dominio de las mismas (democracia económica), dentro del marco de la economía social de mercado reconocida en nuestra Constitución Económica”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de febrero de 2006, C-075/06.

303 “Así las cosas, la democracia industrial tiene como objetivo mejorar y garantizar los derechos de los trabajadores y de otros sectores de la sociedad mediante su participación en la dirección y administración de las empresas, al reconocerlos como elementos determinantes y vitales en el proceso de producción. En su condición de coadministradores participan en las grandes decisiones sobre la dirección de la compañía, lo cual redundará positivamente en el logro de una mayor armonía en las relaciones internas de la empresa, así como también, en la eficiencia de las operaciones industriales y en una redistribución equitativa del ingreso. En nuestra Constitución Política la democracia industrial es objeto de reconocimiento en los artículos 57 y 369, en el primero, cuando encomienda a la ley la posibilidad de establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores logren participar en la gestión de las empresas, y en el segundo, cuando le delega al legislador la obligación de señalar “las formas de participación en la gestión y fiscalización” de las empresas de servicios públicos domiciliarios por parte de sus usuarios y/o suscriptores. Ibidem.

304 “En contraste la democracia económica trasciende los propósitos de la simple dirección, para permitir a los trabajadores su participación en la propiedad de las empresas y, por supuesto, en los rendimientos de la gestión económica. Así se realiza efectivamente uno de los fines esenciales del Estado, orientado a facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica (C. P. art. 2°), lo que promueve en la práctica la superación de las condiciones de desigualdad imperantes en nuestra sociedad (C. P. art. 13). Como manifestaciones de este tipo de democracia encontramos los artículos 58, 60 y 64 de la Constitución Política, mediante los cuales se impulsa el acceso progresivo a las formas asociativas y solidarias de propiedad, a la tierra de los trabajadores agrarios y a la propiedad accionaria en las empresas oficiales objeto de enajenación”. Ibidem.

305 “Y en el inciso segundo trata sobre la privatización de las empresas estatales, estableciendo la democratización de la propiedad accionaria que posea el Estado en entidades oficiales, como el derecho que tienen en primera instancia, los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores para tener acceso a ella, a la vez que autoriza al legislador para dictar las normas que regularán la materia, es decir, la forma, condiciones y procedimientos como se llevarán a cabo tales transacciones, las condiciones especiales para que los trabajadores y las organizaciones mencionadas puedan lograr tal cometido, etc.”. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de abril de 1994, C-211/94.

306 “La estructura de estas dos normas contenidas en el artículo 60 es entonces diferente, pues el inciso primero opera como un principio, esto es, como un mandato que el Estado debe intentar realizar en la medida de sus posibilidades jurídicas y fácticas, mientras que el inciso segundo es una regla clásica bajo la forma de mandato definitivo, puesto que a una determinada hipótesis fáctica (la enajenación de participación estatal en una empresa) atribuye una consecuencia ineluctable: el derecho de preferencia de los trabajadores y organizaciones solidarias”. Corte Constitucional. Sentencia del 22 de agosto de 1996, C-392/96.

La jurisprudencia nacional ha señalado que el artículo 60:

- i) Contribuye a la materialización de los fines que persigue el Estado social de derecho, como lo son, la función social de la propiedad, la promoción de la propiedad asociativa, el acceso a la propiedad y el incentivo a los trabajadores para que participen en la gestión de las empresas<sup>307</sup>.
- ii) Impone al Estado la obligación de proveer los medios necesarios para que se materialice el acceso a la propiedad estatal. En consecuencia, debe establecer condiciones especiales en favor de los grupos solidarios y de trabajadores para que estos puedan competir con los grupos económicos convencionales<sup>308</sup>. Así se ha señalado por la Corte Constitucional:

*“El deber social de garantía de acceso a la propiedad estatal societaria y, específicamente, de la democratización de su titularidad, se concreta en la obligación de ofrecer ‘condiciones especiales’ a un sector social determinado, en desarrollo del mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva (C. P., arts 58, 60, 13). Este deber se estructura, en primer término, en el reconocimiento de los trabajadores y organizaciones solidarias y del trabajo como los destinatarios de un régimen especial de acceso a la propiedad accionaria del Estado, que por estar consagrado directamente en la Constitución no admite restricción o limitación por parte del legislador. También se materializa en el establecimiento de instrumentos mediante los cuales los beneficiarios puedan hacer realidad la voluntad constitucional de acceso y democratización de dicha propiedad, esto es, verdaderas prerrogativas frente a las condiciones ordinarias de acceso previstas para el público en general, suficientes para garantizar a sus titulares la posibilidad real y efectiva de concretar la adquisición de activos estatales en los procesos de enajenación accionaria. Estamos, entonces, frente a un principio de diferenciación positiva a favor de trabajadores y organizaciones solidarias, que exige del Estado condiciones de acceso real a la propiedad accionaria que se pone en venta”<sup>309</sup>.*

Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de otorgar a los trabajadores y a las organizaciones solidarias un acceso preferente en los procesos de enajenación de la propiedad estatal<sup>310</sup>.

307 “En términos similares, el Consejo de Estado ha señalado que el propósito del artículo 60 de la Constitución Política es dar fuerza a fines específicos del Estado social de derecho, tales como la función social de la propiedad, el impulso de la propiedad asociativa, la promoción del acceso a la propiedad y el estímulo de los trabajadores para que participen en la gestión de las empresas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

308 “Por ello, el derecho de acceso a la propiedad implica el deber general a cargo del Estado de proveer lo necesario para su realización, particularmente en relación con la propiedad estatal y su función social, de acuerdo con la ley. En ese orden, la situación en que se encuentran los grupos solidarios y de trabajadores para colocarse en posición competitiva frente a los sujetos económicos convencionales, debe ser reforzada a través de ‘condiciones especiales’ que obren como mecanismos eficientes e idóneos para el logro del objetivo constitucional fijado en el artículo 60”. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de octubre de 2007, C-885/07.

309 *Ibidem*.

310 “Por igual, el Consejo de Estado ha explicado que el artículo 60 de la Constitución Política elevó a la categoría de principio la promoción de la propiedad (inciso 1º) y, para darle una aplicación efectiva, introdujo la regla de democratización, consistente en otorgarle acceso preferente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias en los procesos de enajenación de activos accionarios. (...) Es decir, que, conforme con el artículo 60 de la Constitución Política, el Estado puede desprenderse libremente de su participación en una empresa, siempre que adopte medidas para que esa participación se ofrezca de manera preferente a los trabajadores y organizaciones solidarias, en los términos que fije la ley. Justamente la Ley 226 desarrolló el artículo 60 de la Carta Política y estableció las condiciones y las reglas para la enajenación de la propiedad accionaria estatal, tal y como se explicará detalladamente más adelante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

- iii) Otorga un derecho preferencial a los trabajadores y organizaciones para acceder a la propiedad del Estado, derecho que de acuerdo con la Corte Constitucional no admite restricción o limitación, pues la ley no le impuso ninguna condición<sup>311</sup>.
- iv) Debe interpretarse de forma sistemática con otras disposiciones constitucionales tales como los artículos 25, 57, 58, 333, y 334, los cuales buscan que los particulares accedan a la propiedad estatal, promoviéndose con ello la participación democrática y la promoción del sector trabajo<sup>312</sup>.
- v) Es un instrumento para equilibrar la participación de los diferentes sectores de la sociedad en el manejo de los bienes y servicios, lo cual hace posible que a través de dicha participación se produzca una reformulación de los objetivos y políticas en materia de desarrollo social y crecimiento económico<sup>313</sup>.
- vi) Opera en los procesos de privatización<sup>314</sup> de empresas estatales, pues la norma se refiere con claridad a la enajenación de la propiedad del Estado<sup>315</sup>. Por lo tanto, el mandato que se deriva del artículo 60 no es obligatorio cuando se trate de una transferencia entre entidades públicas<sup>316</sup>.

311 "Cuando el inciso 2o. del artículo 60 de la Constitución dispone que en los procesos de privatización el Estado 'tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones...,' consagra a favor de los trabajadores y de las organizaciones de economía solidaria, un derecho preferencial que no admite restricción o limitación, porque la Carta Política no le impone condición alguna. Por consiguiente, a través de la ley no es posible reglamentar el ámbito propio y específico de la operancia y la efectividad del derecho, sino, 'las condiciones especiales' que deben establecerse para que los beneficiarios hagan realidad la voluntad constitucional de 'acceder a dicha propiedad accionaria'". Corte Constitucional. Sentencia del 3 de febrero de 1994, C-037/94.

312 "Esta disposición de la Carta, que se sustenta en los principios del Estado Social de Derecho, debe interpretarse de manera sistemática con otras normas constitucionales, como la del artículo 25, que brinda al trabajo, en todas sus modalidades, especial protección estatal; la del 58 *Ibidem*, que ordena al Estado proteger y promover las formas asociativas y solidarias de propiedad; la del 57, a cuyo tenor la ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas; la del 333, que considera a la empresa base del desarrollo, pero le impone una función social, a la vez que propende el fortalecimiento de las organizaciones solidarias; y la del 334, directamente alusiva a la actividad financiera, que estatuye la democratización del crédito.

De conformidad con los postulados en mención, el trámite correspondiente al traspaso de la propiedad de las empresas que eran del Estado a manos de particulares ha de encaminarse al objetivo de la creciente democratización y, por tanto, tiene que brindar suficientes garantías en cuya virtud no sean los grandes grupos económicos los que, gracias a su poder, consigan el dominio de las unidades empresariales que venía manejando el Estado, ya que la Constitución ha impartido al legislador claras instrucciones en el sentido de evitar que, so pretexto de la libertad económica y precisamente en contra de ella, quienes ostentan posiciones dominantes en el mercado nacional abusen de su preeminencia para monopolizar los distintos renglones de la economía (artículos 333 y 334 C.N.). Corte Constitucional. Sentencia del 26 de octubre de 1994, T-461/94.

313 "De acuerdo con las normas anteriormente transcritas, es claro que el mandato constitucional que promueve la democratización, no solo propende por facilitar el acceso a la propiedad estatal a los más pobres o desprotegidos, sino que también pretende equilibrar la participación de los diferentes sectores de la sociedad en el manejo de los bienes y servicios, con el propósito de que dicha participación implique una reformulación de los objetivos y políticas de desarrollo social y crecimiento económico". Corte Constitucional. Sentencia del 8 de febrero de 2006, C-075/06.

314 "Como es conocido, por "privatización", se entiende el proceso relativo a la transferencia de toda o parte de la propiedad de una empresa del sector público al sector privado". *Ibidem*.

315 "En primer término, para la Corte es claro que este mandato opera en los procesos de privatización de empresas estatales, puesto que, como bien lo señalan los intervinientes y la Vista Fiscal, la norma constitucional habla de la enajenación de la propiedad por parte del Estado". Corte Constitucional. Sentencia del 22 de agosto de 1996, C-392/96.

316 "Ese criterio ha sido reiterado en posteriores decisiones, en las cuales la Corporación ha concluido que "el inciso segundo trata sobre la privatización de las empresas estatales". Esto significa entonces que el mandato de este inciso segundo no es imperativo en aquellos casos en los cuales no se está efectuando una transferencia de propiedad del sector público a los particulares sino que se está realizando una venta entre entidades públicas (...). En efecto, cuando una entidad estatal enajena sus acciones a otra entidad de la misma naturaleza, entonces no hay, en sentido estricto, una privatización, pues no hay transferencia de propiedad del sector público al sector privado. Es pues perfectamente razonable que estas situaciones se regulen por la ley administrativa". *Ibidem*. "El anterior recuento jurisprudencial muestra que la Corte, al precisar el ámbito de aplicación del derecho de preferencia establecido por el inciso segundo del artículo 60 superior, ha indicado que este no cubre toda venta de activos ni la enajenación de acciones entre entidades públicas. Y estas limitaciones son perfectamente razonables. En efecto, si la finalidad de esa norma es favorecer la democratización de la propiedad en los procesos de privatización, entonces no es sensato aplicarla a las transferencias entre entidades públicas, que no implican ningún traslado de propiedad estatal a los particulares. Y la exclusión de la venta de los activos estatales del mandato de ese inciso segundo del artículo 60 también es razonable pues, como ya lo señaló esta Corte, "la obligada oferta de venta de todos los activos estatales, en condiciones especiales, a los trabajadores u organizaciones solidarias, entre otras consecuencias perniciosas, paralizaría la actividad estatal, desbordaría la capacidad y el interés de compra de este sector y no atendería a la finalidad de la situación de favor contenida en el citado artículo de la Constitución (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, la doctrina desarrollada en la presente sentencia armoniza con esos precedentes, pues la Corte está simplemente reiterando que el derecho de preferencia previsto por el artículo 60 superior se aplica a la enajenación de la participación estatal en el capital social de

El artículo 60 de la Constitución Política fue desarrollado<sup>317</sup> a través de la Ley 226 de 1995<sup>318</sup>, ley que regula los procesos de democratización que tengan como objeto la transferencia a particulares de la participación estatal en una empresa<sup>319</sup>. Por lo tanto, la Ley 226 de 1995 no cubre todos los procesos de enajenación que realice el Estado, sino aquellos que correspondan a privatizaciones<sup>320</sup>.

Igualmente, la jurisprudencia ha señalado que la aplicación de la Ley 226 de 1995 tiene ocurrencia sin importar la forma societaria o la organización de la persona jurídica o la empresa, pues el criterio relevante es que se esté ante la enajenación de cualquier forma de propiedad pública que haga parte del capital de una empresa<sup>321</sup>.

## b. El caso concreto

La finalidad del artículo 60 de la Constitución Política es conseguir que en la venta de acciones de propiedad del Estado, se le de participación preferente a sectores sociales que dada su condición económica no podrían tener acceso a estos bienes<sup>322</sup>.

Es importante tener en cuenta la advertencia que hace la Corte Constitucional en el sentido de que el término acciones, al que alude esta norma, debe tomarse en un sentido amplio, es decir, cubre todas las formas de participación estatal en el capital social de una empresa. Así dispuso la Corte:

- 
- las empresas, y no a la venta de cualquier bien estatal. (...) Es pues claro que la ratio decidendi de esas sentencias es idéntica a la que sustenta la presente decisión, esto es, que el derecho de preferencia previsto por el inciso segundo del artículo 60 de la Carta se aplica a la enajenación de la participación estatal en el capital social, pero no cubre toda venta de activos o de bienes estatales. La única innovación conceptual que introduce la presente sentencia es simplemente precisar por qué la expresión "acciones" de esa norma constitucional debe ser entendida en forma amplia, e incluye toda participación estatal en el capital social". Corte Constitucional. Sentencia del 29 de noviembre de 2001, C-1260/01.
- 317 La Ley 226 de 1996 buscó desarrollar e implementar el artículo 60 de la Carta Política, tal como se desprende del propio título de la ley y de la revisión de su trámite legislativo. Justamente durante este último se señaló: "De ahí que el presente Proyecto de ley al tener en cuenta todos estos elementos esenciales en la construcción de nuestro Estado Social de Derecho, formule los criterios básicos, en forma general e integral, con el fin de darle aplicación a este importante canon constitucional". *Gaceta del Congreso* 393 del 10 de noviembre de 1995, p. 6.
- 318 "No debe olvidarse que el primer destinatario del artículo 60 de la Constitución Política no es propiamente el Gobierno nacional, sino el Congreso de la República que, mediante leyes, como la Ley 226, permite garantizar el principio previsto en ese artículo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).
- 319 "Esta norma establece que el régimen de enajenación previsto en la ley 226 se aplica, en concordancia con lo ordenado en el artículo 60 de la C. P., a los procesos de democratización consistentes en transferir a los particulares la participación estatal en una empresa". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de octubre de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00051-00(2002).
- 320 "De esta manera, tanto la regla del inciso segundo del artículo 60 de la C. P. como la ley 226 de 1995 que lo desarrolla, no son aplicables a toda clase de enajenaciones que realice el Estado de su patrimonio, sino que tienen su ámbito restringido a los procesos de privatización, los cuales consisten en transferir del sector público al sector privado la participación estatal en una empresa (...). Puede concluirse entonces, como ya lo había sostenido la Sala en el concepto 1921 de 2008, que cuando se enajenan acciones entre órganos estatales no se presenta un proceso de privatización dentro de una estrategia de democratización de la propiedad accionaria, que es la materia objeto de regulación de la ley 226, sino que se trata de una negociación entre tales órganos y, por tanto, como las acciones no salen del ámbito estatal, ni las sociedades de su control, resulta pertinente que tal operación se rija por la normatividad de contratación administrativa vigente". *Ibidem*.
- 321 "Esta norma establece con claridad que el régimen de enajenación se aplica a cualquier forma de participación estatal en el capital de una empresa, sin consideración a la forma societaria, a la organización de la persona jurídica o empresa de que se trate, pues lo relevante para determinar la sujeción al régimen especial, es la enajenación de cualquier forma de propiedad pública en el capital de una empresa, como ya lo ha expresado esta Sala". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de junio de 2007. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00041-00(1827).
- 322 Con este propósito el artículo 3º de la Ley 226 de 1995 establece: "Preferencia. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 constitucional. Serán destinatarios exclusivos de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza, sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas, por la legislación cooperativa".

*“Como vemos, la interpretación restrictiva del término acciones comporta resultados indeseables, pues no solo permite que la finalidad democratizadora del derecho de preferencia pueda ser eludida en la práctica, sino que podría estimular que las empresas con participación estatal asuman ciertas formas jurídicas, que no sean las más adecuadas. Por el contrario, una interpretación amplia del término acciones evita esos inconvenientes, pues fortalece la voluntad democratizadora del Constituyente y no genera incentivos inadecuados en el diseño de las empresas con participación estatal. Ahora bien, es sensato asumir como principio hermenéutico que el funcionario judicial siempre debe preferir aquella interpretación que vigoriza el cumplimiento de los fines de la norma y que evita consecuencias indeseables en su aplicación. Una conclusión se impone: el término acciones debe ser entendido en forma amplia, de tal manera que cubra a todas las formas de participación estatal en el capital social empresarial”<sup>323</sup>.*

Siguiendo este derrotero la Ley 226 de 1996, que regula la norma constitucional mencionada, establece en su artículo 1º:

*“Campo de aplicación. La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.*

*La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual estos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.*

*Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa”.*

En esta ley se formulan los criterios básicos relacionados con los procedimientos de enajenación y medidas para garantizar la democratización de la propiedad estatal en el capital de una empresa. Por lo tanto, cuando se trate de enajenar la participación accionaria del Estado en una SAS, esta debe regirse por los mandatos de la Ley 226 de 1996 dado el espíritu de la norma que busca, en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política, democratizar el acceso a la propiedad. Sin embargo, la aplicación de la Ley 226 debe hacerse de forma armónica con las demás normas del ordenamiento jurídico colombiano que resulten aplicables. En este sentido, el artículo 162 de la Ley 1753 de 2015<sup>324</sup>, el cual modifica el artículo 258 de la Ley 1450 de 2011, establece:

*“Cuando la Nación opte por enajenar la participación en un empresa deberá dar aplicación al régimen societario al que se encuentra sometida (...).”*

323 Corte Constitucional. Sentencia del 29 de noviembre de 2001, C-1260/01.

324 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país””.

Del mismo modo, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha señalado:

*“Es claro que han de observarse adicionalmente las reglas propias de cada procedimiento de enajenación, como es el caso de aquellas que regulan el procedimiento de venta de acciones inscritas en bolsa o del mercado público de valores, cuando a ello hubiere lugar, dependiendo en cada caso del régimen al que esté sometida una determinada propiedad accionaria. Así por ejemplo, si se dan los supuestos que prevé el régimen, han de observarse las reglas sobre obligatoriedad de adquirir a través de la oferta pública de adquisición previstas en el decreto 1941 de 2006, que subroga parcialmente la Resolución No 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores”<sup>325</sup>.*

Así las cosas, la enajenación de la propiedad accionaria del Estado en una SAS debe realizarse teniendo en cuenta la normatividad contenida en la Ley 226 de 1995, pero de una manera articulada con la ley especial que rige a este tipo de sociedades, es decir, la Ley 1258 de 2008.

Aclarado lo anterior, y para responder a los interrogantes planteados en la consulta, es importante revisar si: i) las SAS pueden registrar sus acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) y ii) el Estado puede realizar una oferta pública de valores para transferir las acciones de la cual es titular en una sociedad de esta naturaleza.

Para este análisis debe inicialmente acudir al artículo 4º de la Ley 1258 de 2008, norma imperativa y de obligatorio cumplimiento<sup>326</sup> que señala la siguiente prohibición:

*“IMPOSIBILIDAD DE NEGOCIAR VALORES EN EL MERCADO PÚBLICO. Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa”.*

Esta norma se justifica, según la doctrina especializada, en atención a su calidad de sociedades cerradas<sup>327</sup>, al carácter flexible de la sociedad, y a la naturaleza dispositiva de las normas que las regulan, características que no son propias del mercado de valores, el cual contiene normas de orden público y por tanto de obligatorio cumplimiento<sup>328</sup>. En este sentido el profesor Reyes Villamizar ha señalado:

325 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de junio de 2007. Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00041-00(1827).

326 Frente al carácter imperativo del artículo 4º de la Ley 1258 de 2008 la Superintendencia Financiera de Colombia señaló: “La consecuencia de la realización de una oferta pública sin autorización no es otra que la ineficacia de los contratos suscritos dentro de ella, y la violación a una norma legal imperativa, como es el citado artículo 4º de la Ley 1258 de 2008 (...)”. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 20111010389-002 del 15 de marzo de 2011.

327 “Ahora bien, en el caso particular de las SAS, como se ha dicho, la ley expresamente las excluye de acudir al mercado de valores a captar recursos a través de la oferta pública de los valores o títulos que emiten, por su misma esencia de sociedades cerradas. En tal medida, no estarían facultadas para solicitar inscripción de valores en el RNVE, más aún, de ellas no podrían predicarse la realización de ofertas públicas, por lo que normativamente están limitadas a realizar ofertas privadas de acciones a no más de 99 personas, tanto de manera formal como sustancial”. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011064227-003 del 10 de noviembre de 2011.

328 “La Ley 1258 de 2008, por la gran reducción de preceptos imperativos, no otorga la protección que requiere el mercado bursátil, por tanto establece que las acciones u los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa”. Carlos Andrés Arcila Salazar, Algunas consideraciones generales sobre la sociedad por acciones simplificada, en Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada (Francisco Reyes Villamizar (coord.), Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 222. “El mercado público de valores demanda normas de orden público de obligatorio cumplimiento que rijan las relaciones entre accionistas, administradores y terceros, los cuales propenden por evitar fraudes, garantizar el acceso a la información relevante por parte de los inversionistas y salvaguardar los recursos provenientes del ahorro privado que reciben los emisores de valores”. Ibidem, pie de página No. 52. “En efecto, el doctor Francisco Reyes Villamizar, señala “(...) la SAS, no está concebida para ser inscrita en bolsa. Se trata de un tipo societario diseñado para estructurar compañías cerradas. La amplísima libertad contractual, por cuyo efecto es factible pactar normas de exclusión de

*“La primera de las normas relevantes en este aspecto determina que las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificadas no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa. Esta disposición pone de presente la idea según la cual la sociedad por acciones simplificada, en razón de su gran flexibilidad, no puede acceder a los mecanismos bursátiles previstos en las leyes de valores. Este precepto sigue de cerca la orientación contemplada en la ley francesa sobre sociedades por acciones simplificadas, en la cual está vedada la posibilidad de acceder a los recursos provenientes del ahorro privado (appelation publique a l'épargne)”<sup>329</sup>.*

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede advertir que las SAS no pueden registrar sus acciones en el RNVE. Esta restricción se extiende, inclusive, a los registros temporales que el artículo 5.2.2.2.1 del Decreto 2555 de 2010 permite a las entidades públicas cuando vayan a vender acciones que no se encuentren inscritas en dicho registro<sup>330</sup>, pues el artículo 4º de la Ley 1258 de 2008 establece una restricción general que no diferencia o hace salvedad alguna. Por lo tanto, si el legislador estableció en el caso de las SAS, dada su naturaleza, la imposibilidad general de registrar sus acciones en el RNVE, no es dable hacer una interpretación amplia que permita a las entidades públicas acudir a un registro temporal<sup>331</sup> para poder realizar la venta de sus acciones.

En cuanto al segundo interrogante relativo a la posibilidad de que el Estado realice una oferta pública de valores para transferir las acciones de la cual es titular en una SAS, debe inicialmente aclararse que cuando el Estado pretende enajenar su participación en una sociedad por acciones, dicha venta debe adelantarse a través de la oferta pública de valores regulada por el Decreto 2555 de 2010. Con todo, la Sala considera que cuando se trate de la enajenación de la propiedad estatal en una SAS, dicho mecanismo no puede utilizarse teniendo en cuenta lo siguiente:

El artículo 2º de la Ley 964 de 2005 definió el término valor de la siguiente forma:

*“Concepto de valor. Para efectos de la presente ley será valor todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público, incluyendo los siguientes:*

*a) Las acciones;*

*b) Los bonos;*

*c) Los papeles comerciales;*

---

accionistas, voto múltiple, restricciones a la negociación de acciones, podrían ser incompatibles con las pautas de protección de inversionistas en el mercado público de valores”. Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2009051328-002 del 2 de septiembre de 2009.

329 Francisco Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Legis Editores S. A. Tercera edición, 2013, pp. 130-131. La doctrina francesa ha señalado una restricción similar: Paul Le Cannu y Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, 4th édition, Montchrestein – Lextenso éditions, 2012, pp. 631-632.

330 Esta norma señala: “Las entidades de carácter público u oficial y las entidades en procesos concursales que sean propietarias de acciones o bonos convertibles en acciones que no se encuentren inscritas, podrán acudir ante la Superintendencia Financiera de Colombia para que se ordene su inscripción en el Registro de manera temporal, a efectos de poder enajenarlos mediante oferta pública de venta en el mercado secundario”.

331 “Incluso resulta plenamente aplicable al tema, el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”. Corte Constitucional. Sentencia del 3 de mayo de 2012, C-317/12.

- d) *Los certificados de depósito de mercancías;*
- e) *Cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización;*
- f) *Cualquier título representativo de capital de riesgo;*
- g) *Los certificados de depósito a término;*
- h) *Las aceptaciones bancarias;*
- i) *Las cédulas hipotecarias;*
- j) *Cualquier título de deuda pública”.*

La negociación de valores puede hacerse a través de una oferta pública o una oferta privada, conceptos que se encuentran determinados por el artículo 6.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010. En ese sentido, en términos generales la oferta pública de valores es aquella que se dirige a: i) personas indeterminadas<sup>332</sup>, o ii) a cien o más personas determinadas que no tienen la calidad de accionistas de la entidad emisora, o iii) a más de 500 accionistas del emisor<sup>333</sup>. Por su parte, la oferta es privada cuando se dirige a personas determinadas en un número no mayor a 99, si no tienen la calidad de accionistas, o inferior a 500 en caso de que sí gocen de dicha calidad<sup>334</sup>.

332 “Ahora bien, se entiende que las personas son determinadas cuando están plenamente identificadas por el oferente de las acciones, esto es, son aquellas a quienes se dirige la oferta a nombre propio; y personas indeterminadas son las que no se encuentran identificadas, o sea que la oferta se dirige al público en general o a un sector que forma parte de él pero sin identificar a sus destinatarios”. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-174055 del 21 de octubre de 2014.

333 “Se considera como oferta pública de valores, aquella que se dirija a personas no determinadas o a cien o más personas determinadas, con el fin de suscribir, enajenar o adquirir documentos emitidos en serie o en masa, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de participación y de tradición o representativos de mercancías.

No se considerarán públicas las siguientes ofertas:

1. La de acciones o de bonos obligatoriamente convertibles en acciones que esté dirigida a los accionistas de la sociedad emisora, siempre que sean menos de quinientos (500) los destinatarios de la misma.

2. La de acciones resultante de una orden de capitalización impartida por autoridad estatal competente, dirigida exclusivamente a accionistas de la sociedad, o la que tenga por objeto capitalizar obligaciones de la misma, siempre y cuando se encuentren reconocidas dentro de un proceso concursal en el que se haya tomado tal decisión, en ambos casos sin importar el número de personas a quienes se encuentre dirigida.

3. La que realice una sociedad colombiana cuyas acciones no se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) y sea ofrecida a aquellos sujetos con los que tiene contrato de trabajo vigente y/o a los miembros de su Junta Directiva. Esta oferta deberá hacer parte de un programa de compensación o de beneficios, y para el caso de los empleados, adicionalmente, deberá constar por escrito en el respectivo contrato de trabajo. Se podrán incluir también las ofrecidas por parte de uno de los vinculados a la sociedad empleadora, siempre que dicho vinculado se encuentre domiciliado en Colombia.

Para los efectos del presente numeral se entenderá por vinculado lo establecido en el literal b) numeral 2 del artículo 7.3.1.1.2 del presente decreto. Las ofertas que a la vez tengan por destinatarios a las personas indicadas en el numeral uno (1) del presente artículo y a cien o más personas determinadas serán públicas.

Parágrafo. Cuando los destinatarios de una oferta se vayan a determinar con base en una labor de premercado realizada entre personas no determinadas o cien o más personas determinadas, la respectiva oferta tendrá el carácter de pública y en tal sentido, su realización solo podrá efectuarse con observancia de las normas que al efecto se establecen en este decreto”. Decreto 2555 de 2010, artículo 6.1.1.1.1, modificado por el artículo 1º del Decreto 767 de 2016.

334 Frente a estos conceptos la Superintendencia de Sociedades ha indicado: “Con el fin de dar respuesta a sus interrogantes es pertinente traer a colación la definición de oferta pública de valores que trae la Resolución 400 de 1995, modificada parcialmente por el Decreto 3139 de 2006, según la cual es aquella que se dirige a personas no determinadas o a 100 o más personas determinadas. Como quiera que el inciso segundo de la mencionada norma señala que no se considera pública la oferta que se dirige a los accionistas de la misma sociedad que emite las acciones ofrecidas siempre que no superen los 500, con el fin de despejar la confusión que le genera esta disposición legal, este Despacho le aclara que la oferta se considerará pública si se dirige a personas indeterminadas o a 100 o más personas aun cuando estas estén determinadas; pero si los destinatarios de la oferta fueran accionistas de la sociedad emisora de las acciones, estos podrán ser más de 100 y la ley la considera una oferta privada, siempre y cuando no se dirija a más de 500. Todo ello quiere decir que la oferta se considerará privada cuando esté dirigida a personas determinadas siempre que sean máximo 99 o que siendo más, no lleguen a 500, a condición de que ya estuvieren formando parte, como accionistas, de la sociedad que hace la oferta” Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-174055 del 21 de octubre de 2014.

La calificación de una oferta de valores como pública genera como consecuencia la aplicación de un conjunto de normas y procedimientos dirigidos a la protección y transparencia del mercado de valores, de tal suerte que el emisor debe cumplir con las normas particulares que regulan la materia<sup>335</sup>.

En aras de proteger a los inversionistas, se ha señalado que las normas que regulan las ofertas públicas de valores son de obligatorio cumplimiento y priman sobre las normas que regulan las relaciones contractuales de derecho privado<sup>336</sup>.

En el caso concreto de las SAS, la posibilidad de realizar ofertas públicas de valores se encuentra proscrita a la luz de una interpretación sistemática de los artículos 7º de la Ley 964 de 2005 y 4º de la Ley 1258 de 2008.

En efecto, la primera de las citadas disposiciones establece que los valores que se pretendan ofrecer públicamente deben inscribirse en el RNVE, registro que tiene como propósito promover la transparencia en el mercado y brindar confianza a quienes participan en él<sup>337</sup>. Así señala la norma:

*“El Sistema Integral de Información del Mercado de Valores. El Sistema Integral de Información del Mercado de Valores (SIMEV), es el conjunto de recursos humanos, técnicos y de gestión que utilizará la Superintendencia de Valores para permitir y facilitar el suministro de información al mercado y estará conformado así:*

*a) El Registro Nacional de Valores y Emisores, el cual tendrá por objeto inscribir las clases y tipos de valores, así como los emisores de los mismos y las emisiones que estos efectúen, y certificar lo relacionado con la inscripción de dichos emisores y clases y tipos de valores.*

*Las ofertas públicas de valores deberán estar precedidas por la inscripción en el Registro Nacional de Valores y Emisores”<sup>338</sup>.*

335 “Ahora bien, la determinación de lo que se considera como oferta pública, tiene los efectos de hacer aplicable todo un régimen de protección y transparencia del mercado de valores al emisor de los mismos, por lo que, sin perjuicio de que el ofrecimiento de valores se haga paulatinamente, y de manera tal que parezca no configurar oferta pública, si en la práctica lo hace, deberá cumplirse con las normas establecidas para el efecto”. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008033547-002 del 11 de junio de 2008.

336 “No podría ser de otra forma, por cuanto, las normas que regulan las ofertas públicas de valores, constituyen un régimen de protección a los inversionistas, normas de obligatoria aplicación que deben primar sobre las normas que regulan las meras relaciones contractuales del derecho privado”. Superintendencia Financiera. Concepto 2011064227-003 del 10 de noviembre de 2011.

337 “A efectos de brindar transparencia al mercado de valores y confianza a todos los agentes que participan en él, la Ley del Mercado de Valores creó el Sistema Integral de Información del Mercado de Valores (SIMEV), cuyo objetivo es permitir y facilitar el suministro de información, para lo cual se utilizan los recursos humanos, técnicos y de gestión de la Superintendencia Financiera de Colombia”. Guía para los Emisores, Superintendencia Financiera de Colombia, p. 4.

338 Ley 964 de 2005, artículo 7º. “En condiciones normales y en caso que se defina que los destinatarios implicaban la realización de una oferta pública de acciones y no una privada, era menester que de conformidad con el artículo 5.2.1.1.1 del citado Decreto 25556, la sociedad que pretenda efectuar una oferta pública de sus valores y/o transarlos en un sistema de negociación, deberá inscribirse junto con la emisión o emisiones del respectivo valor o valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE)”. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011064227-003 del 10 de noviembre de 2011. “Como se dijo anteriormente, la obligación legal de inscribir los valores en el RNVE, se encuentra regulada en el literal a) del artículo 7º de la Ley 964 de 2005, que señala que “...las ofertas públicas de valores deberán ser precedidas por la inscripción en el Registro Nacional de Valores y Emisores”. Superintendencia Financiera. Concepto 2010072943-001 del 24 de noviembre de 2010. “Sea lo primero precisar que en los términos de la normatividad vigente en Colombia, las ofertas públicas de valores están sujetas a su inscripción previa en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE conforme lo prevé el artículo 5.2.1.1.1 del Decreto 2555 de 20101, en adelante el Decreto Único, y a la autorización previa por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia de tal oferta. Por consiguiente, si algún emisor desea realizar oferta pública de valores en el mercado colombiano deberá dar cumplimiento en especial a los artículos 5.2.1.1.3 y 5.2.1.1.5 del Decreto Único en lo que corresponda a la naturaleza de la emisión y del emisor”. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011022434-004 del 27 de mayo de 2011.

Como puede observarse, para poder adelantar una oferta pública de valores es requisito fundamental que exista el correspondiente registro en el RNVE, requisito que en el caso de las SAS, por prohibición expresa de la Ley, no se podría cumplir, teniendo en cuenta que el artículo 4º de la Ley 1258 de 2008 determinó:

*“IMPOSIBILIDAD DE NEGOCIAR VALORES EN EL MERCADO PÚBLICO. Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa”.*

Esta postura ha sido sostenida por la Superintendencia de Sociedades, quien por demás ha indicado que la emisión de las acciones de una SAS no se encuentra sujeta ni total ni parcialmente a la Ley 964 de 2005. En esta dirección señaló:

*“Sobre el particular, el artículo 4º de la Ley 1258 de 2008 establece que, “Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa”, lo que implica que las SAS no podrán realizar oferta pública en el mercado de valores de sus títulos emitidos ni transarlos en un sistema de negociación, dado que el artículo 1.1.2.1. de la Resolución 400 de 1995, estipula que para ello las entidades deberán inscribirlos en el Registro Nacional de Valores y Emisores.*

*De esta forma, si una emisión de valores de las SAS llegara a configurar una oferta pública de valores en los términos de la Resolución 400, la sociedad deberá desistir de efectuarla en razón a que no tiene ni la capacidad legal ni la autorización para hacerlo. Es del caso precisar que cualquier oferta pública de valores requiere de la previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia en los términos del artículo 104 del Decreto 2150 de 1995, y que en caso contrario estas serán ineficaces de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se puedan imponer por tal hecho, según lo establece el artículo 49 y siguientes de la Ley 964 de 2005.*

*Así las cosas, cabe precisar que los valores que emitan las SAS solo podrán ser objeto de oferta privada, es decir, aquella que se dirija a noventa y nueve (99) personas determinadas o a los mismos accionistas de la empresa pero cuando estos sean menos de quinientos (500).*

*(...) Del pronunciamiento que antecede, es claro que en razón a que la sociedad por acciones simplificada no puede inscribir sus acciones y demás valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores (artículo 4º Ley 1258 de 2008), la misma no puede realizar oferta pública de acciones ni de otros valores, pues para tal efecto se requiere precisamente haber inscrito los títulos respectivos en el mencionado Registro. De esta suerte, los valores que emita una sociedad por acciones simplificada solo podrán colocarse mediante oferta privada”<sup>339</sup>.*

La Superintendencia Financiera se ha pronunciado en términos similares frente a la prohibición de las SAS de realizar ofertas públicas de valores:

339 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-087094 del 2 de agosto de 2009.

*“Ahora bien, en tratándose de sociedades por acciones simplificadas rige el artículo 4 de la Ley 1258 de 2008 según el cual: “Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa”, y en el mismo orden de ideas, están proscritas de llevar a cabo ofertas públicas por cuanto, estas solamente son predicables de quienes soliciten autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia y tengan la vocación de estar inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores. (...) La consecuencia de la realización de una oferta pública sin autorización no es otra que la ineficacia de los contratos suscritos dentro de ella, y la violación a una norma legal imperativa, como es el citado artículo 4º de la Ley 1258 de 2008, estaría sujeta a la nulidad absoluta decretada por un juez de la república”<sup>340</sup>.*

Asimismo, tampoco podría realizarse una oferta pública de valores para la enajenación de las acciones del Estado en una SAS, atendiendo la doctrina de la Superintendencia Financiera que señala:

*“Entonces, además de las reglas especiales que rigen esta clase de sociedades se debe tener en cuenta que por expresa disposición legal, **las acciones que emitan no formarán parte del mercado de valores**, ni los títulos valores que esté en capacidad de emitir, tales como, bonos convertibles en acciones o bonos ordinarios podrán formar parte del mercado de valores. (...).*

1. *¿Las acciones emitidas por las sociedades SAS son o no un valor?*

*Las acciones emitidas por las SAS, son considerados como títulos valores, en la medida en que son documentos necesarios para legitimar el ejercicio de un derecho, cuya ley de circulación es nominativa, pero en la medida en que por disposición legal expresa no pueden inscribirse en el RNVE no son considerados como valores a luz de las normas del mercado de valores.*

2. *Si no son un valor, les aplica a las SAS la Ley 964 de 2005 o la Resolución 400 de 1995.*

***No se les aplican las normas del mercado público en la medida en que la Ley 1258 de 2008, prevé la imposibilidad de que tales títulos valores formen parte del mercado público de valores*<sup>341</sup>. (Negritas fuera del texto).**

Asimismo, en otra oportunidad indicó:

*“4. Los procesos de emisión y colocación de acciones y demás valores no inscritos en el R.N.V. y E. que efectúen las S.A.S. ¿están regulados exclusivamente por la Ley 1258/08,*

<sup>340</sup> Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011010389-002 del 15 de marzo de 2011.

<sup>341</sup> Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2009051328-002 del 2 de septiembre de 2009. A este concepto también hizo referencia la Superintendencia de Sociedades en el año 2013: “Por su parte, frente al tema resulta de singular relevancia el concepto 2009051328-002 del 2 de septiembre de 2009 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuya síntesis viene al caso reproducir. “Síntesis: Las acciones emitidas por las SAS son títulos valores pues son documentos necesarios para legitimar el ejercicio de un derecho cuya ley de circulación es nominativa. Como no pueden inscribirse en el RNVE no son considerados como valores a luz de las normas del mercado de valores y no se les aplican las normas del mercado público. Como las acciones y títulos valores que tenga la capacidad de emitir las SAS no podrán inscribirse en el RNVE ni negociarse en la bolsa ello no significa que estas sociedades puedan efectuar dichas emisiones infringiendo las normas del mercado público de valores u obtener recursos sin tener en cuenta que puede configurarse una captación ilegal de recursos del público”. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-053173 del 23 de mayo de 2013.

que conduce a la libertad contractual de las partes? Las S.A.S. están o no sujetas, total o parcialmente, a las disposiciones contenidas en la Ley 964 de 2005 y/o en la Resolución 400 de 1995, aplicables al mercado de títulos inscritos en el R.N.V. y E. (mercado público).

Con relación al primer interrogante, estése a lo manifestado en la respuesta inmediatamente anterior. Y en lo que se refiere al segundo de los mismos, se ha de tener en cuenta lo dicho por la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Emisores, portafolios de Inversión y otros Agentes, en el Oficio del 17 de junio de 2009, radicación número 2009030292-004, **en donde con relación a la emisión de acciones y demás valores de las sociedades por acciones simplificadas, manifestó que las mismas “no estarán sujetas ni total ni parcialmente a las disposiciones contenidas en la Ley 964 de 2005 ni a la Resolución 400 de 1995 en la medida en que legalmente no pueden ejercer actividades del mercado de valores<sup>342</sup>” (Negrillas fuera del texto).**

Anota la Sala que las acciones de las SAS son valores, pero tal condición no les hace aplicable la normativa del mercado público de valores. En este sentido, es de recibo la doctrina de la Superintendencia Financiera: las SAS, como consecuencia de la prohibición del artículo 4º de la Ley 1258 de 2008, se encuentran sustraídas de la aplicación de la Ley 964 de 2005 y del Decreto 2555 de 2010, y no pueden adelantar actividades del mercado de valores ni sus acciones formar parte de este.

Ahora bien, es importante anotar que la restricción del artículo 4º de la Ley 1258 de 2008 no afecta la facultad del Estado para enajenar su participación accionaria en las SAS. Si se aceptara que el Estado no puede vender dicha participación debido a la imposibilidad de realizar una oferta pública de valores en los términos de la Ley 964 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010, se estaría desconociendo el mandato constitucional del artículo 60, el cual le impone la obligación al Estado de tomar las medidas que sean necesarias para democratizar la titularidad de la propiedad Estatal, y además, se estaría subordinando el mandato constitucional a la Ley 1258 de 2008, lo cual va en clara contravía del artículo 4º de la Carta Política<sup>343</sup>.

Asimismo, si se priva al Estado de la referida facultad de enajenación, se generaría un congelamiento de la propiedad del Estado, lo cual, además de irrazonable, atentaría contra los principios de eficiencia y economía que debe irradiar la actividad de las entidades públicas.

Por lo anterior, aunque no es posible la transferencia de la propiedad accionaria del Estado en una SAS bajo el mecanismo de una oferta pública de valores concebida en los términos de la Ley 964 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010, considera la Sala que aquella sí puede llevarse a cabo con fundamento en las normas del Código de Comercio. De

342 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-087094 del 2 de agosto de 2009.

343 “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

acuerdo con los artículos 3º<sup>344</sup> y 45 de la Ley 1258 de 2008, a las SAS les son aplicables las disposiciones del referido Código. Así, esta última norma determina:

*“En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se registrará por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes”*<sup>345</sup>.

En ese orden de ideas, el Estado puede enajenar su participación en una SAS a través de la figura de la oferta consagrada en el artículo 845 del Código de Comercio<sup>346</sup>, oferta que ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como:

*“[E]l proyecto definitivo de acto jurídico que por alguien se somete a otra persona, o a personas indeterminadas (policitación), para su aceptación o rechazo (artículo 845 del Código de Comercio)”*<sup>347</sup>

De otra parte, para la doctrina la oferta tendrá el carácter de pública cuando vaya dirigida a personas indeterminadas<sup>348</sup>.

En consecuencia, en un proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado en una SAS, desarrollado bajo el marco de la Ley 226 de 1995, el término oferta pública hace referencia a la concepción general adoptada por el Código de Comercio y la jurisprudencia nacional, y no a la de oferta pública de valores concebida en los términos del Decreto 2555 de 2010.

En suma, el Estado sí está facultado y por tanto puede enajenar su participación accionaria en una SAS a través de una oferta pública realizada con fundamento en el Código de Comercio. Dicha oferta debe hacerse dentro de un programa de enajenación que sea armónico y respetuoso de los mandatos contenidos en el artículo 60 de la Carta Política y en la Ley 226 de 1995.

344 “La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se registrará por las reglas aplicables a las sociedades anónimas”.

345 Frente a este punto la Superintendencia de Sociedades ha indicado: “De hecho el artículo 17 es claro al señalar que en los estatutos es posible determinar “libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento”, amén de la premisa general que el mencionado artículo 45 establece y según la cual aplican en su orden primero, las normas que la misma ley de SAS consagra; segundo las reglas que los estatutos prevean; tercero, las disposiciones de carácter legal que gobiernan las sociedades del tipo de las anónimas y por último, en cuanto no resulten contradictorias, las disposiciones generales que en materia de sociedades regula el Código de Comercio, premisa de la cual se debe concluir que en principio son viables todas aquellas estipulaciones que resulten acordes con la voluntad de los socios, con la única limitación de las normas imperativas consagradas en la ley”. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-004519 del 16 de enero de 2012. Véase igualmente: Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2011010389-002 del 15 de marzo de 2011.

346 “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”. Código de Comercio, artículo 845.

347 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de enero de 2015, Radicación No. 11001-31-03-044-2010-00399-01.

348 “La oferta o propuesta toma el nombre de “policitación” cuando va dirigida al público en general, sin determinación de personas. La Ley colombiana trata de diferente manera la oferta o propuesta propiamente dicha y la policitación u oferta al público (...)” Jorge Cubides Camacho, Obligaciones, 5ª. Edición, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 202. “Es bien sabido que la oferta puede dirigirse a una o varias personas determinadas o al público (...) La oferta al público se entiende dirigida a toda persona interesada, es decir, *In incertan personam* para que sea eventualmente aceptada por cualquier individuo a quien convenga. Esta oferta se considerará como tal si contiene los elementos esenciales del contrato”. Jorge Suescún Melo, Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II, Legis Editores S. A. 2005, pp. 85-86.

De esta forma, el artículo 845 del Código de Comercio es un continente que permite, sin trauma de ninguna especie, albergar las previsiones contempladas por los mandatos constitucionales y legales que regulan el acceso democrático a la propiedad estatal, y alcanzar sus propósitos.

Asimismo, es viable que el Gobierno nacional deje explícito en el decreto por el cual se apruebe el respectivo programa de enajenación de participación estatal en una SAS, la aclaración de que la oferta pública a la que se refiere el proceso de enajenación es diferente al concepto de oferta pública de valores del Decreto 2555 de 2010, pues además de no encontrarse prohibición alguna en ese sentido en la Ley 226 de 1995, el artículo 6º de esta normativa autoriza al Gobierno a diseñar el programa de enajenación de acuerdo a cada caso particular<sup>349</sup>.

Hacer expresamente dicha mención, no es solo razonable sino también necesario para que el proceso de enajenación de la propiedad accionaria ofrezca al público certeza de las normas jurídicas que son aplicables y sustentan el proceso, por manera que se eviten situaciones de confusión o incertidumbre frente a este punto.

Con base en lo anterior,

## LA SALA RESPONDE

1. *¿La Ley 226 incluye a las SAS dentro de su ámbito de aplicación? Es decir ¿la enajenación de participación estatal en tales empresas debe regirse integralmente por los mandatos señalados en la Ley 226?*

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 226 de 1995 y la jurisprudencia nacional, cuando el Estado pretenda transferir su participación en el capital social de una empresa, sin importar cuál sea la forma societaria, debe dar cumplimiento a las disposiciones de esta ley. En consecuencia, la enajenación de la propiedad estatal en una Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS) se encuentra sujeta a lo ordenado por la Ley 226 de 1995.

2. *En caso de que las SAS se encuentren excluidas de la Ley 226, ¿estas sociedades se podrían enajenar de conformidad con las normas vigentes para la enajenación y venta de los activos de la Nación, que no sean acciones o bonos convertibles en acciones?*

Como se dijo, las SAS se encuentran sometidas a la Ley 226 de 1995. Por sustracción de materia, no hay lugar a responder a esta pregunta.

3. *En caso de que las SAS no se encuentren excluidas de la Ley 226 ¿puede el Estado enajenar su participación accionaria en una SAS, aún cuando la Ley 1258 prohíba el*

<sup>349</sup> “El Gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo primero de la presente Ley, adoptando un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular, que se sujetará a las disposiciones contenidas en esta Ley”.

*registro de las acciones de tales sociedades en el RNVE, impidiendo con ello que se adelante un proceso de oferta pública?*

El Estado puede transferir su participación accionaria en una SAS a pesar de la imposibilidad de registrar sus acciones en el RNVE, pues dicho registro no se requiere teniendo en cuenta que la oferta que debe realizarse es la oferta pública de que trata el Código de Comercio y no una oferta pública de valores sujeta a los términos de la Ley 964 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010.

4. *En caso de que sí sea posible para el Estado enajenar su participación social en las SAS y para superar la aparente antinomia entre lo dispuesto por la Ley 226 y la Ley 1258, frente a la inscripción de las acciones en el RNVE y la consecuente posibilidad de ofrecerlas en una oferta pública:*

4.1. a. *¿La oferta pública que se exige en el artículo 11 de la Ley 226 de 1995, se puede entender en sentido genérico y no cómo la oferta pública de valores del Decreto 2555 de 2010?*

La acepción que tendría el término oferta pública en el artículo 11 de la Ley 226 de 1995, dentro de un proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado en una SAS, hace referencia a la concepción general adoptada por el Código de Comercio y la jurisprudencia nacional, y no a la de oferta pública de valores concebida en los términos de la Ley 964 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010.

b. *Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa: ¿podría y debería el Gobierno nacional dejar explícito en el decreto por el cual se apruebe el respectivo programa de enajenación de participación estatal en una SAS, la aclaración de que la oferta pública a la que se refiere el proceso de enajenación es diferente al concepto de oferta pública de valores del Decreto 2555 de 2010, de modo que no se considere ilegal el proceso de venta por no haber surtido el proceso de inscripción de las acciones en el RNVE de manera previa?*

Es viable que el Gobierno nacional deje explícito en el decreto por el cual se aprueba el respectivo programa de enajenación de la participación estatal en una SAS, la aclaración de que la oferta pública a la que se refiere el proceso de enajenación es diferente al concepto de oferta pública de valores del Decreto 2555 de 2010, pues además de no encontrarse prohibición alguna en ese sentido en la Ley 226 de 1995, el artículo 6° de esta normativa autoriza al Gobierno a diseñar el programa de enajenación de acuerdo con cada caso particular.

Hacer expresamente dicha manifestación no es solo razonable, sino también necesario, para que el proceso de enajenación de la propiedad accionaria ofrezca al público certeza acerca de las normas jurídicas que son aplicables y sustentan el proceso, por manera que se eviten situaciones de confusión o incertidumbre frente a este punto.

- 4.2. a. *¿Podría entenderse que la Ley 226 debe aplicarse de forma especial a la Ley 1258 y en ese sentido entenderse que está permitida la inscripción temporal de las acciones de las SAS en el RNVE para el específico propósito de adelantar un proceso de enajenación regido por la Ley 226?*

Cuando se trate de enajenar la participación accionaria del Estado en una SAS, esta debe regirse por los mandatos de la Ley 226 de 1995 dado el espíritu de la norma que busca, en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política, democratizar el acceso a la propiedad. Sin embargo, la aplicación de la Ley 226 debe hacerse de forma armónica con la ley particular que rige a este tipo de sociedades, es decir, la Ley 1258 de 2008, norma que en su artículo 4º prohíbe de manera expresa y sin hacer distinción alguna, el registro de las acciones de las SAS en el RNVE dada la naturaleza de este tipo de sociedades. De este modo, no es posible la inscripción temporal de las acciones de las SAS en el RNVE con la finalidad de adelantar un proceso de enajenación.

- b. *Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa: ¿podría y debería el Gobierno nacional dejar explícito en el decreto por el cual se apruebe el respectivo programa de enajenación de participación estatal en una SAS, la posibilidad de inscripción temporal en el RNVE de las acciones de la sociedad, sin que pudiera considerarse ilegal por contrariar lo dispuesto por la Ley 1258?*

Teniendo en cuenta que la respuesta a la pregunta anterior es negativa, no hay lugar a responder a este interrogante.

Remítase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

#### **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**

Fecha: 08/03/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 6 de octubre de 2017

La Directora del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) formula a la Sala una consulta relacionada con los instrumentos jurídicos para realizar el cobro de las sumas adeudadas a la Entidad, en virtud de los contratos especiales de Ciencia y Tecnología celebrados con entidades públicas y privadas, en aquellos eventos en los que ha expirado el plazo para la liquidación unilateral o bilateral del contrato.

### **I. Antecedentes**

En su escrito de la consulta, la Directora del Departamento Administrativo de Ciencia y Tecnología presentó un recuento de los siguientes hechos y normas:

1. En primer lugar, una exposición del marco constitucional de las actividades de ciencia, tecnología e innovación cuya promoción está a cargo de Colciencias, entre ellos, el artículo 71 superior, en el que se establece que el Estado debe crear incentivos para persona e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia, la tecnología y demás manifestaciones culturales, y debe ofrecer estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.
2. A renglón seguido, realizó una presentación de las siguientes modalidades de contratación consagradas en el ordenamiento colombiano para el desarrollo de actividades especiales de ciencia y tecnología celebradas por la entidad:
  - i) los contratos de financiamiento, señalando que se trata de contratos sometidos al régimen de contratación estatal y que pueden ser celebrados bajo la modalidad de la contratación directa<sup>350</sup>;
  - ii) los contratos de administración de proyectos, (art. 9 del Decreto-Ley 591 de 1991), también sometidos al régimen de contratación estatal y que pueden ser celebrados directamente;
  - iii) los convenios especiales de cooperación, advirtiendo que los mismos son gobernados por el régimen de derecho privado de acuerdo con lo previsto en el Decreto 393 de 1991 y, finalmente;

<sup>350</sup> De conformidad con el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

- iv) los contratos de financiamiento y de administración de proyectos celebrados con los recursos del Fondo Francisco José de Caldas (Fondo para el Financiamiento de las Ciencias), con la precisión de que estos están sometidos al régimen de derecho privado de acuerdo con la Ley de creación de Fondo (Ley 1286 de 2009).
3. Posteriormente, destacó que a efectos de la “liquidación” de los contratos precitados, en particular de los contratos de financiamiento con reembolso contingente, la entidad incorpora la siguiente cláusula:

*“REINTEGRO: A la finalización del proyecto, la Entidad reintegrará a Colciencias los recursos recibidos y no ejecutados, más los intereses bancarios corrientes causados desde la fecha de terminación del plazo del contrato, a las tasas vigentes en el momento de la restitución, previo agotamiento de los trámites necesarios que garanticen a la ENTIDAD sus derechos de defensa y contradicción. En caso de que la Entidad no reintegre los dineros, la obligación se consignará en el acta de liquidación por las partes o mediante resolución motivada”.*

4. Señaló que para dar cumplimiento a dicha cláusula de reintegro, la entidad aplica los términos legales de liquidación previstos en la Ley 1150 de 2007: esto es, los cuatro (4) meses previstos para la liquidación bilateral, sumados los dos (2) meses previstos para la liquidación unilateral y los dos años de caducidad de la acción de controversias contractuales a los que hace referencia el art. 136 del C. C. A., para un total de 30 meses a partir de la finalización del término previsto para la celebración del contrato.
5. Luego, Colciencias realizó un recuento del procedimiento adelantado por esta Entidad para el cobro de las sumas que no son utilizadas en la actividad de ciencia y tecnología para las cuales fueron destinadas contractualmente, en aquellos eventos en que expiró el término para la liquidación del respectivo contrato; procedimiento que se puede sintetizar de la siguiente manera: i) la elaboración de un informe financiero del contrato o convenio; ii) el envío de una solicitud de pago de los dineros adeudados a la entidad de conformidad con los resultados arrojados por el informe financiero; iii) la verificación de las respuestas dadas por las entidades públicas y privadas a las solicitudes de reintegro y, finalmente, iv) el cobro persuasivo de las sumas que resultan de la confrontación entre el informe financiero y las observaciones presentados por las entidades en sus respuestas; esto último, amparada en la cláusula de reintegro prevista en los contratos de ciencia y tecnología, en especial, en los contratos de financiamiento.
6. Por último, Colciencias resaltó como, fruto de la gestión de los cobros persuasivos que adelanta, la Entidad ha logrado recuperar recursos que fueron entregados para la ejecución de contratos y convenios celebrados por la Entidad, pero que no fueron efectivamente utilizados para la actividad de ciencia y tecnología a la cual fueron destinados, y frente a los cuales expiró el término para realizar una liquidación unilateral o bilateral del contrato.

7. Con fundamento en los hechos, la normatividad y los antecedentes expuestos, Colciencias planteó los siguientes interrogantes:
- *“¿Puede Colciencias en los contratos o convenios en que ha pasado más de 30 meses desde la finalización del plazo y no se han liquidado, continuar haciendo solicitudes de reintegro y cobros de las sumas de dinero que se evidencia adeudan las entidades como consecuencia de las evaluaciones que hacen los supervisores de Colciencias a la finalización de los proyectos en relación a los contratos de Ciencia, Tecnología e Innovación?*
  - *En el evento de ser positiva la respuesta anterior, puede Colciencias ingresar las sumas adeudadas contablemente como cartera de la entidad y pasado los 180 días realizar negociación con CENTRAL DE INVERSIONES CISA en los términos del numeral 5º del Artículo 1º del Decreto 047 de 2014?*
  - *En el evento de ser positiva la primer respuesta ¿puede Colciencias aceptar y firmar acuerdos de pago con las entidades a las que se les están realizando estas solicitudes de reintegro y cobros persuasivos, después de vencidos los 30 meses para liquidar?*
  - *En caso de que Colciencias no pueda efectuar el cobro de las sumas adeudadas cuando se hayan vencido los 30 meses para liquidar, ¿podría Colciencias mediante acto administrativo motivado proceder a archivar los expedientes contractuales, así hayan saldos pendientes de reintegrar?*
  - *En el evento de que Colciencias no pueda efectuar el cobro de las sumas adeudadas cuando se hayan vencido los 30 meses para liquidar, ¿qué pasaría con las sumas que se han recuperado en los últimos años y que ya ingresaron a las arcas del tesoro? En este interrogante es preciso tener en cuenta que las entidades destinatarias de los cobros tuvieron un debido proceso administrativo en el procedimiento, pudiendo controvertir el informe financiero o acta de liquidación o acta de liquidación y una vez convencidos de su contenido o estando de acuerdo con este procedieron a efectuar los reintegros respectivos.*
  - *En aquellos contratos y convenios firmados desde 1990 y que vencieron hace más de 5 años y que no tienen ninguna gestión de liquidación, ni cobro y frente a los cuales es imposible conseguir información, podría Colciencias tomar la decisión de archivarlos y cerrarlos en el estado en que se encuentren, sin incurrir en detrimento patrimonial? Esta pregunta aplica para contratos que se rigen por el estatuto de contratación y por derecho privado.*
  - *¿Puede decirse con base en el artículo 33 de la Ley 1286 de 2009 que Colciencias tiene un régimen especial de contratación para la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación?”*
8. Con la finalidad de aclarar algunos aspectos de la consulta, en especial el ámbito objetivo de los interrogantes planteados por Colciencias, la Sala de Consulta y

Servicio Civil se reunió con las Doctoras, Liliana Zapata Bustamante, Secretaria General de Colciencias y Paula Fernanda Chiquillo, Directora Administrativa y Financiera – funcionarias designadas por la Directora de Colciencias para esta reunión–, quienes expusieron los aspectos relevantes de los contratos y convenios sobre los cuales versa la consulta de la entidad; precisaron el alcance de algunos de los interrogantes planteados en la misma y adjuntaron varios contratos y convenios de ciencia y tecnología celebrados por Colciencias, para el estudio y mejor proveer de esta Sala.

Posteriormente, allegaron por correo electrónico una presentación de las modalidades contractuales celebradas por Colciencias y el régimen jurídico que a consideración de la Entidad le es aplicable a estos negocios jurídicos, de conformidad con la normatividad vigente.

## II. Problema jurídico

La consulta planteada tiene como objeto principal determinar cuáles son los instrumentos jurídicos con los que cuenta Colciencias, para ajustar cuentas y recuperar los dineros entregados en la ejecución de los contratos y convenios de ciencia y tecnología celebrados por la Entidad, y que no fueron utilizados para el desarrollo de las actividades para las cuales fueron destinados, cuando ha expirado el término para la liquidación unilateral y bilateral de estos contratos y convenios, sin que se haya procedido en tal sentido.

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para resolver el problema jurídico planteado, así como los demás interrogantes que se derivan del mismo, la Sala estima necesario analizar los siguientes aspectos, en el mismo orden que se indica a continuación: **1)** consideraciones generales sobre la naturaleza y alcance de los contratos de ciencia, tecnología e innovación; **2)** naturaleza de los recursos entregados en la ejecución de los contratos de ciencia, tecnología e innovación; **3)** régimen contractual de los contratos científicos y tecnológicos y el consecuente régimen de liquidación del contrato y de caducidad de la acción contractual; **4)** la figura de la liquidación de los contratos estatales; su naturaleza, procedencia, plazos y su aplicabilidad a los convenios y contratos de ciencia y tecnología y, finalmente, **5)** las facultades, poderes o deberes con que cuenta una entidad estatal, una vez que expiran los términos de liquidación de los contratos, a efectos del cobro y recuperación de las sumas adeudadas por su contraparte o cooperante en virtud de un contrato, con especial referencia a los contratos de ciencia y tecnología celebrados por Colciencias.

#### 1. Consideraciones generales sobre la naturaleza y alcance de los contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación

En nuestro ordenamiento la regulación de los contratos y convenios de ciencia y tecnología tiene como punto de partida la Ley 29 de 1990, *“por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico*

(...)<sup>351</sup>, y se concedieron facultades extraordinarias al Gobierno para “*dictar las normas a que deben sujetarse la nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con particulares en actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías*” así como “*regular las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas*”<sup>352</sup>.

En desarrollo de estas facultades extraordinarias, el Gobierno expidió los Decretos Leyes 393 de 1991 “*Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías*”, y 591 de ese mismo año, “*por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas*”; decretos que se encuentran parcialmente vigentes y contienen las reglas especiales de los asociaciones y contratos de ciencia y tecnología.

El Decreto 393 de 1991 reguló las siguientes formas de asociación, a través de las cuales la nación o las entidades descentralizadas pueden unirse a un particular o a otra entidad pública, con el fin de adelantar actividades científicas y tecnológicas:

- Las asociaciones que tienen por objeto crear sociedades civiles y comerciales o personas jurídicas sin ánimo de lucro,
- y los convenios especiales de cooperación<sup>353</sup>.

Porsu parte, el Decreto 591 de 1991 individualizó las siguientes modalidades de contratos para el fomento de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación: los contratos de financiamiento, los de administración de proyectos; los contratos de fiducia; los de prestación de servicios científicos y tecnológicos; los contratos de consultoría científica o tecnológica; los contratos de obra pública, los contratos de consultoría e interventoría en obra pública; los contratos de arrendamiento, los contratos de compraventa y permuta y suministro de bienes muebles; los contratos de donación, y por último, los convenios especiales de contratación ya previstos por el Decreto 393 de 1991.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 derogó las disposiciones del Decreto 591 *ibidem*, con excepción de las normas que individualizan y caracterizan los contratos de financiamiento (art. 8º), los de administración de proyectos (art. 9º) y los convenios especiales de cooperación (art. 17)<sup>354</sup>.

351 La Ley 29 de 1990 otorgó al Gobierno facultades extraordinarias para i) expedir las normas a las que deben sujetarse la nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con los particulares científicos y tecnológicos, proyectos de investigación y creación de tecnologías y, ii) para regular las actividades específicas de fomento de actividades científicas y tecnológicas (art. 11, ordinales 2 y 4.

352 Artículo 11, numerales 2 y 4.

353 De conformidad con el artículo 2 del Decreto 393 de 1991, el propósito de las asociaciones para ciencia y tecnología, en las dos modalidades citadas arriba en el texto, podrán tener entre otros, los siguientes propósitos: “a) Adelantar proyectos de investigación científica. b) Apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales. c) Organizar centros científicos y tecnológicos, parques tecnológicos, e incubadoras de empresas. d) Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología. e) Establecer redes de información científica y tecnológica. f) Crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad. g) Negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras. h) Asesorar la negociación, aplicación y adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras. i) Realizar actividades de normalización y metrología. j) Crear fondos de desarrollo científico y tecnológico a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías, y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos. k) Realizar seminarios, cursos y eventos nacionales o internacionales de ciencia y tecnología. l) Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones”.

354 Art. 81.

Por su parte, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública guardó silencio sobre la derogatoria o vigencia del Decreto 393 de 1991<sup>355</sup>, lo que permite deducir que el legislador tuvo la clara voluntad de mantener vigentes las modalidades de asociación prevista en esta normatividad.

En este escenario, es posible concluir que los negocios individualizados y regulados por el ordenamiento jurídico colombiano, para el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación, son los siguientes:

- las asociaciones dirigidas a crear sociedades civiles y comerciales, y personas jurídicas sin ánimo de lucro como fundaciones y corporaciones;
- los convenios especiales de cooperación;
- los contratos de financiamiento (en la modalidad de reembolso obligatorio, reembolso condicional, reembolso parcial y reembolso contingente) y,
- los contratos de administración de proyectos.

Este cuadro normativo no excluye la posibilidad de que las entidades de fomento de las actividades científicas y tecnológicas puedan convenir libremente negocios distintos a los expresamente previstos en la ley o el reglamento, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad. Así lo confirma la más reciente normatividad del Sistema de Ciencia y Tecnología y la Innovación.

En efecto, el párrafo 1°, del art. 20 de la Ley 1286 de 2009 –por medio de la cual se transformó a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortaleció el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictaron otras disposiciones en esta materia–, prevé lo siguiente:

*“Las organizaciones públicas, privadas o mixtas a que hace referencia el presente artículo podrán ser objeto de apoyo por parte de las entidades de fomento de la ciencia, la tecnología y la innovación.*

***Cada entidad de fomento establecerá la naturaleza de dicho apoyo y las condiciones bajo las cuales se podrá obtener, de acuerdo con los lineamientos de política que orienten la acción del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI) y de conformidad con las normas que regulan este campo”.*** (Resalta la Sala)

Ahora bien, de conformidad con lo expresado por Colciencias en su escrito de consulta y en la reunión sostenida con esta Sala, los contratos y convenios celebrados por la Entidad se encuadran en los contratos y convenios regulados por los Decretos 393 y

<sup>355</sup> Así lo anotó la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de varias de las disposiciones del Decreto 393 de 1991, mediante Sentencias C-506 del 10 de noviembre de 1994 y C-316 del 13 de julio de 1995, respaldando con ello también la vigencia de esta normativa, y así lo ha anulado esta Sala en el concepto Rad., con No 11001-03-06-000-2010-00058-00 (2007), del 8 de julio de 2010.

591 de 1991, en especial, los convenios especiales de cooperación y los contratos de financiamiento.

A continuación se analizará brevemente la naturaleza y alcance de estos contratos y convenios, a efectos de definir las obligaciones que surgen de cada uno de ellos, como presupuesto para determinar su posibilidad de cobro una vez expirado el término de liquidación de estos negocios, sin que las partes hayan procedido en este sentido.

#### **a. Los convenios especiales de cooperación.**

Como se anunció atrás, estos convenios fueron regulados por el Decreto Ley 393 de 1991, como una de las modalidades de asociación que pueden celebrar las entidades públicas con los particulares, con el objeto de facilitar, fomentar o desarrollar actividades científicas o tecnológicas, o alcanzar propósitos comunes en estas materias, en ambos casos, a través del aporte de dinero, especie o industria de las partes.

En la actualidad, estas modalidades de asociación se encuentran en armonía con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, que autoriza a las entidades públicas para asociarse con los particulares bajo las mismas modalidades, con el fin de desarrollar en forma conjunta “*actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley*”. En lo referente a los propósitos de estas asociaciones, el art. 2° del mismo decreto precisa que las mismas pueden llevar a cabo, entre otras, las siguientes actividades:

- a) *Adelantar proyectos de investigación científica.*
- b) *Apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales.*
- c) *Organizar centros científicos y tecnológicos, parques tecnológicos, e incubadoras de empresas.*
- d) *Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología.*
- e) *Establecer redes de información científica y tecnológica.*
- f) *Crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad.*
- g) *Negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras.*
- h) *Asesorar la negociación, aplicación y adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras.*
- i) *Realizar actividades de normalización y metrología.*

- j) *Crear fondos de desarrollo científico y tecnológico a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías, y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos.*
- k) *Realizar seminarios, cursos y eventos nacionales o internacionales de ciencia y tecnología.*
- l) *Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones”.*

Con posterioridad al Decreto 393 de 1991, los convenios especiales de cooperación también fueron incorporados y regulados por el art. 7° del Decreto Ley 591 de 1991, como una de las *tipologías de contratos para el fomento de las actividades científicas y tecnológicas*, sin que el legislador distinguiera, como lo ha hecho la ciencia jurídica colombiana<sup>356</sup>, entre los “convenios” y los “contratos” estatales propiamente dichos.

Esta diferencia también ha sido decantada por esta Sala en otras oportunidades<sup>357</sup>, donde se ha precisado que los convenios gozan de una naturaleza distinta a la de los contratos estatales, aunque ambos institutos se configuren como negocios jurídicos, caracterizados por la existencia de un acuerdo de voluntades generador de obligaciones jurídicas para cada una de las partes.

Así, mientras que los *contratos* estatales son negocios jurídicos mediante los cuales un sujeto particular u otra entidad del estado (llamada contratista) se obliga con la otra (entidad contratante) a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer), mientras que esta última se obliga a pagar un precio o remuneración en contraprestación a la prestación del contratista, *los convenios* estatales son productos del criterio de la asociación de esfuerzos entre las partes cooperantes, para obtener fines que le son propios a cada uno de ellos.

Dicho de otra forma, los convenios celebrados por la administración comportan la conjunción de voluntades en torno a intereses que son compartidos por ambos cooperantes, lo que excluye la existencia de intereses patrimoniales contrapuestos sobre el negocio<sup>358</sup>.

Justamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 del Decreto 591 de 1991<sup>359</sup>, los convenios especiales de cooperación se configuran como acuerdos de voluntades que pueden ser celebrados entre la nación o sus entidades descentralizadas, con un particular

356 En este sentido, en la doctrina colombiana se puede ver a Cháves Marín. A.R. *Los convenios de la administración. Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual*. Bogotá, 2015, p. 305 ss.

357 Cfr. entre otros, los siguientes conceptos: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto radicado con el número 11001-03-06-000-2010-00058-00(2007) del 8 de julio de 2010.

358 En este mismo sentido, Cfr. Cháves Marín, A. R. *Los convenios de la Administración*, cit, p. 76.

359 **Artículo 17.** Para adelantar actividades científicas o tecnológicas la nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. En virtud de estos convenios, las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2° de este Decreto.

u otra entidad pública de cualquier orden<sup>360</sup>, con el objeto de aportar recursos en dinero, especie o industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades de ciencia o tecnología definidas en el mismo decreto. En otras palabras, se trata de convenciones que tienen como objeto unir esfuerzos a efectos de realizar una actividad de interés para ambas partes y que a su vez se configura como una actividad de interés público.

Ahora bien, en relación con el contenido y alcance de los convenios especiales de cooperación de ciencia, tecnología e innovación, la Sala observa que el ordenamiento jurídico deja un amplio margen de actuación a la autonomía de las partes, sin perjuicio de las exigencias contenidas en los arts. 7 y 8 del Decreto 393 de 1991, en los que se impone la obligación de individualizar, en cada convenio especial de cooperación, los siguientes aspectos:

- El aporte que realiza cada cooperante;
- el origen de los recursos correspondientes;
- la forma de disponibilidad presupuesta;
- **el sistema de administración y contabilización que se adopte y,**
- **la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos** (Resalta la Sala).

Una confrontación de estas exigencias con el contenido de los convenios especiales de cooperación celebrados por Colciencias, o por lo menos de aquellos allegados a la Sala para el mejor proveer de esta consulta, permite advertir que en estos no se especifica el sistema de administración y contabilización de los aportes realizados por las partes, ni la propiedad de los resultados obtenidos; estos convenios se limitan a indicar que los dineros entregados por Colciencias constituyen un “aporte” realizado para el desarrollo del proyecto de ciencia y tecnología objeto del contrato y que la entidad cooperante tiene la obligación de utilizarlos para el desarrollo de la actividad a la cual fueron destinados.

Por estas razones, la Sala considera pertinente realizar las siguientes recomendaciones y observaciones a la entidad consultante:

- i) En primer lugar, la exigencia de que los convenios especiales de cooperación definan todos y cada uno de los requisitos previstos en los art. 7 y 8 del Decreto 393 de 1991, en cumplimiento de la normatividad vigente, pero además, como garantía de la correcta ejecución y liquidación de estos convenios.

<sup>360</sup> Mientras el Decreto 393 de 1991 limita los convenios especiales de cooperación a los celebrados entre la Nación o una entidad descentralizada y un particular, el art. 17 del Decreto 591 de 1991 lo extendió a los acuerdos celebrados entre las primeras y otra entidad pública de cualquier orden.

- ii) También es importante destacar que Colciencias, en su calidad de entidad pública, debe garantizar que sus operaciones contractuales cumplan y se ajusten al Catálogo General de Cuentas definido por la Contaduría General de la Nación dentro del Régimen General de Contabilidad Pública<sup>361</sup>, en el que se discriminan y describen cada de las cuentas y subcuentas en las que deben quedar reflejados contablemente los actos, contratos o negocios celebrados por las entidades del Estado<sup>362</sup>.
- iii) Finalmente, toda vez que los dineros entregados por Colciencias en la ejecución de estos convenios son recursos públicos y se entregan con una destinación específica, la Sala también advierte la importancia de que el contrato incorpore el otorgamiento de una garantía que asegure el buen manejo de los recursos por parte del cooperante y su devolución cuando no se invierten totalmente en el objeto pactado, con el fin de evitar su dilapidación o uso indebido, y de esta forma garantizar su total amortización. A título de ejemplo, es posible solicitar una póliza de seguro o la suscripción de un pagaré para hacerse efectivo en caso de incumplimiento y, en general, cualquiera de las garantías previstas en el Estatuto General de Contratación Pública y en el Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, en relación con el alcance de los convenios especiales de cooperación celebrados por Colciencias, la Sala observa que estos se configuran, en sustancia, como un tipo de subvención otorgado al cooperante de la entidad, para desarrollar una actividad de ciencia, tecnología e innovación.

Sobre el particular, es importante recordar que la figura de la *subvención* o subsidio se constituye en un instrumento jurídico típico de las actividades administrativas de fomento, que de conformidad con lo analizado por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación se caracteriza por ser:

*“i) (...) una prestación generalmente expresada en dinero<sup>363</sup>; ii) el sujeto activo es el Estado o una persona de derecho público; iii) el sujeto pasivo es otra persona jurídica de derecho público, un particular que ejerza funciones administrativas por disposición de la ley o un particular que realice actividades que puedan ser identificadas con una finalidad de interés general, no pueden tener, por lo tanto, como objetivo principal, directo e inmediato el enriquecimiento del beneficiario, aun cuando indirectamente afecte de manera positiva su patrimonio; iv) no tiene el carácter de contraprestación por un servicio prestado, lo que la excluye de toda consideración contractual; v) los dineros percibidos deben ser utilizados para el fin de interés general para el cual se otorga el referido beneficio”<sup>364</sup>.*

361 De conformidad con lo establecido en la Resolución 354 de 2007, el Régimen General de Contabilidad Pública debe ser aplicado a todos los entes públicos del nivel nacional o territorial, de los órdenes central y descentralizado, sin excepción. Dentro de este Régimen se encuentra el Manual General de Procedimientos que a su vez está conformado por el Catálogo General de Cuentas, los procedimientos contables y los instructivos contables.

362 Cfr. Para ver con detalle el contenido del Catálogo de Cuentas, actualizado a 31 de diciembre de 2015, V: <http://www.contaduria.gov.co/wps/wcm/connect/492e57bf-1077-492d-b756-5540227655e2/CGC+Versi%C3%B3n+2007.15+a+31-12-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=492e57bf-1077-492d-b756-5540227655e2>.Página web de la Contaduría Nacional, consultado el 30 de septiembre de 2016.

363 En el caso del subsidio familiar, la prestación puede ser en dinero, especie o servicios prestados a los trabajadores en los términos del artículo 1° de la Ley 21 de 1982.

364 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Rad.: 250002326000201003126 – 01 (A.P.), cit.

El cotejo de estos elementos, con el contenido de los convenios especiales de cooperación allegados por Colciencias, permite concluir que estos comprenden una especie de subvención, comoquiera que los mismos comportan: i) una prestación expresada en dinero; ii) cuyo sujeto activo es el Gobierno o una entidad descentralizada que tiene dentro de sus funciones el fomento de las actividades de ciencia y tecnología; iii) el sujeto pasivo es otra persona jurídica de derecho público o un sujeto privado que realiza dichas actividades; iv) y la entrega del dinero por parte de Colciencias no representa el pago por un servicio prestado por su cooperante<sup>365</sup>, sino que encuentra su justificación en el desarrollo de una determinada actividad de ciencia, tecnología e innovación, a través de la cual se promueve un interés público a cargo de la Entidad.

En este orden de ideas, es menester señalar que la institución jurídica de las subvenciones –bajo distintas modalidades y denominaciones, como subsidios, apoyo económico, incentivos, etc.–, es ampliamente conocida por el ordenamiento jurídico colombiano y ha sido utilizada para garantizar determinados fines que son considerados por el legislador como relevantes para el cumplimiento del interés general<sup>366</sup>.

Pero a partir de la Carta Política de 1991 existe una prohibición general para que las entidades públicas puedan otorgar subsidios o subvenciones a las personas de derecho privado, con excepción de aquellas destinadas a la ejecución de una determinada **actividad de interés público**, tal y como lo prevé el art. 355 superior, a cuyo tenor:

*“ARTÍCULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

*“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad **con el fin de impulsar programas y actividades de interés público** acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno nacional reglamentará la materia”* (negritas por fuera del texto).

Sobre este precepto constitucional y su aplicación concreta a los convenios especiales de cooperación regulados por el ordenamiento para el desarrollo de las actividades de fomento de la ciencia, la tecnología y la innovación, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

*“Esta Corte ya dejó definido en la sentencia C-506-94 que lo relativo a la realización de actividades, que tienen por objeto el fomento, desarrollo y promoción de la investigación científica y tecnológica, **constituye un cometido específico y concreto que debe realizar el Estado por mandato constitucional; por consiguiente**, lo dispuesto en el art. 355 no tiene aplicación cuando se trate de la regulación y ejecución de dichas actividades<sup>367</sup>”.*

365 Ciertamente, en los convenios de cooperación allegados por Colciencias no se discrimina valor alguno por concepto de “precio”, comisión o cualquier otro concepto que se pueda calificar como una contraprestación por un servicio prestado por la entidad cooperante.

366 Para una amplia reseña de las subvenciones previstas por el ordenamiento colombiano, se puede ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Rad.: 250002326000201003126 – 01 (A.P.), cit.

367 Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 1995.

Como se observa, la Corte consideró procedente la posibilidad de que el Gobierno o las entidades descentralizadas pudieran otorgar, a través de los convenios especiales de cooperación, subvenciones para el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Por otra parte, la Sala destaca que los convenios especiales de cooperación allegados por Colciencias, no parecen comprender una línea de gestión o administración de negocios (que sería tal vez la más consonante con la idea de la *cooperación* entre entidades) comoquiera que del contenido de estos convenios no se deduce que los cooperantes de la entidad reciban los recursos para ejecutar un proyecto de ciencia y tecnología a nombre y riesgo de Colciencias, o de ambas partes, sino por el contrario, a título de “apoyo económico” para desarrollar un proyecto propio, consonante con el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que los convenios especiales de cooperación celebrados por Colciencias, o por lo menos aquellos allegados por la Entidad para esta consulta, se configuran como un tipo de subvención otorgada por la Entidad a su cooperante.

En todo caso, con independencia de que estos convenios se configuren como una especie de subvención o como una línea de gestión o administración, es evidente que los mismos generan una relación jurídica en virtud de la cual, la entrega de los recursos por parte de Colciencias, no es la expresión de una mera liberalidad de la entidad, sino que encuentra su única justificación, en la promoción del proyecto o programa de ciencia, tecnología e innovación objeto del contrato, a través de la cual la entidad estatal cumple con su función legal de fomentar estas actividades de interés público.

En estos convenios existe, por ende, una entrega de recursos públicos condicionada a un “*modus*”, que a su vez se convierte en una obligación o carga jurídica para el cooperante de Colciencias.

Por consiguiente, estos convenios llevan ínsita una condición resolutoria tácita, que se activa con el vencimiento del plazo previsto para su ejecución, sin que los recursos entregados hayan sido utilizados para el desarrollo de la actividad para la cual fueron destinados, y que hace exigible la obligación del cooperante de restituirlos a Colciencias, tal y como se deduce de la *naturaleza misma del negocio*<sup>368</sup>.

En efecto, si la entrega del recurso público por parte de Colciencias está condicionada a que el cooperante los utilice para el desarrollo de una determinada actividad científica o tecnológica, si esta no se cumple, la causa justificativa del contrato desaparece y, por ende, genera la obligación de su restitución a la entidad.

<sup>368</sup> Naturaleza del contrato que actúa como criterio integrador del contenido negocial, de conformidad con lo previsto en el art. 1603 del C. C., que señala: “Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

Con todo, la Sala advierte la importancia y conveniencia de que esta condición resolutoria y la consecuente obligación de reintegro de los dineros entregados por la entidad, sea expresamente pactada por Colciencias en cada convenio especial de cooperación, en orden a imprimir mayor certeza a los efectos del incumplimiento del cooperante y, por ende, una mayor protección de los recursos públicos entregados para la ejecución de las actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Sea esta la oportunidad para señalar, además, la necesidad de que estos aspectos sean definidos por el legislador colombiano en una regulación uniforme, integral y especial de las subvenciones o de los convenios especiales de cooperación concebidos para el fomento de actividades de interés público, que atienda a las características especiales de estos negocios jurídicos, a efectos de garantizar la adecuada protección de los recursos públicos invertidos los mismos y de imprimir seguridad jurídica en su tratamiento. Lo anterior, de forma análoga a lo que sucede con la Ley General de Subvenciones española, en la que justamente se establece la obligación de los beneficiarios de las “subvenciones”, de “reintegrar” los dineros recibidos en caso de incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención<sup>369</sup>.

## b. Los contratos de financiamiento

Los contratos de financiamiento para las actividades de ciencia y tecnología fueron incorporados y concebidos por el Decreto 591 de 1991, como una de las tipologías contractuales para el fomento de las actividades reguladas en el art. 2º del mismo Decreto<sup>370</sup>.

Para el objeto de la consulta, es pertinente precisar el concepto de financiamiento como acción de financiar, la cual supone el suministro de dinero a una persona para que desarrolle cierta actividad<sup>371</sup>, o un aporte en dinero necesario para una empresa o proyecto<sup>372</sup>.

369 “Art. 37 de la Ley 38 de 2003: Causas de reintegro.

1. También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a. Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

**b. Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.**

c. Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta Ley, y en su caso, en las normas reguladoras de la subvención. (...)” (Subraya la Sala).

370 El art. 2º del Decreto 591 de 1991 prevé expresamente las siguientes actividades científicas y tecnológicas: “1. *Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.*

2. *Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.*

3. *Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.*

4. *Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.*

5. *Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.*

6. *Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional”.*

371 Cfr. Diccionario Word Reference, consultable en la página web <http://www.wordreference.com/es/en/translation.asp?spen=financiar>. Consultada el 10 de marzo de 2017.

372 Cfr. Diccionario de la Real Academia española –RAE-, consultable en la página web <http://dle.rae.es/?id=HxglZu>. Consultada el 10 de marzo de 2017.

Como ejemplo de una modalidad de financiación se tipifica entonces el contrato de mutuo o préstamo de consumo (art. 2221 C.C), o aún el préstamo de dinero (art. 2224 C. C.) regulados por nuestra legislación civil. Pero también, el concepto de financiar tiene como sinónimo el de subvencionar, sufragar, invertir, entre otros<sup>373</sup>.

Las anteriores consideraciones conducen a afirmar que el concepto de financiamiento puede abarcar diferentes negocios jurídicos, con características distintas, según lo definido por la ley que los gobierna y, en su defecto, por lo pactado por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Con estas precisiones se quiere significar que la sola denominación de financiamiento no permite deducir aspectos como el régimen integral de los derechos y obligaciones de las partes, la naturaleza de los recursos entregados, su libre apropiación por parte del sujeto que los recibe y la exclusiva acción contractual para su recuperación. Tales aspectos dependen de lo establecido en la ley –en este caso en relación con los contratos de ciencia y tecnología celebrados por Colciencias–, de la naturaleza pública de los recursos entregados y del hecho de que su entrega está vinculada a una destinación específica, tal y como se expone a continuación.

El art. 8 del mismo Decreto, cuya vigencia fue amparada expresamente por el art. 81 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos de financiamiento pueden celebrarse a través de cualquiera de las modalidades, cuyas definiciones se transcriben y analizan a continuación:

*i) “Reembolso obligatorio. El contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado”.*

De acuerdo con la definición anterior, es claro que en esta modalidad contractual la Nación o una Entidad descentralizada entrega recursos públicos a su contraparte (persona pública o privada), con el fin de financiar una determinada actividad de ciencia, tecnología o innovación, y por ende el contratista debe invertirlos exclusivamente en la actividad a la cual fueron destinados y, adicionalmente, reintegrarlos al final del contrato o en el momento previsto en el mismo, con la respectiva retribución por el uso de estos dineros (intereses).

En los contratos de financiamiento de ciencia, tecnología e innovación, de manera adicional, la entrega de los recursos por parte de la entidad contratante está condicionada a una destinación específica, que se traduce en la exigencia de que los mismos sean invertidos en la actividad científica o tecnológica expresamente prevista en el contrato. Por ello, también se puede afirmar que estos contratos llevan ínsita la condición resolutoria, en caso de incumplimiento del “modus” al cual fue vinculada la entrega del dinero.

373 Cfr. Diccionario Word Reference, consultable en la página web <http://www.wordreference.com/es/en/translation.asp?spen=financiar>. Consultada el 10 de marzo de 2017, cit.

Para los efectos puntuales de esta consulta, la Sala destaca que Colciencias no allegó modelos de este tipo de contratos para su análisis, al tiempo que manifestó la escasa utilización de estos contratos en desarrollo de sus actividades de fomento de la ciencia, la tecnología y la innovación.

**ii) Reembolso condicional.** *La entidad contratante podrá eximir parcial o totalmente la obligación de pago de capital y/o intereses cuando, a su juicio, la actividad realizada por el contratista ha tenido éxito. Esta decisión se adoptará mediante resolución motivada;*

En este tipo de financiamiento, de forma similar a lo que sucede en la modalidad analizada en el literal anterior, la entidad pública hace entrega inicial de los dineros a título de *financiamiento*, con la correlativa obligación del sujeto particular o de la entidad pública que los recibe, de utilizarlos en el desarrollo de la actividad de ciencia y tecnología a la cual fueron destinados y de restituirlos al vencimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato, con los respectivos intereses.

En consecuencia, frente a este tipo de financiamiento se despliega todo el análisis realizado en este concepto en relación con la modalidad de financiamiento con reembolso obligatorio. No obstante, se debe destacar que en esta modalidad de financiamiento, adicionalmente, si la actividad para la cual ha sido entregado el dinero tiene éxito y así lo declara la entidad que entregó los recursos mediante resolución motivada, la obligación de reembolso desaparece y, por lo tanto, se extingue la deuda.

En cuanto a la oportunidad para expedir la resolución mediante la cual la Entidad declara que la actividad realizada por el contratista tuvo éxito, la Sala encuentra que este aspecto debe estar gobernado, en primer lugar, por lo que pacten las partes en ejercicio de su autonomía contractual. De no mediar pacto contractual, la resolución podrá dictarse mientras no expire el término legal o convencional para la liquidación unilateral o bilateral de estos contratos<sup>374</sup>.

Con todo, desde el momento en que se vence el plazo para la devolución del dinero, la obligación de restitución de los dineros entregados se hace exigible y la Entidad podrá requerir su pago, a través de las acciones que se derivan del respectivo contrato. Esta aseveración se sustenta en el carácter facultativo del término (podrá) utilizado por la norma, para referirse a la decisión de la entidad estatal contratante de eximir al contratista de la obligación de reembolso, lo que permite afirmar que ante el silencio de la administración en el ejercicio de esta facultad, se deberá concluir sobre la exigibilidad de la obligación de restitución. Para los efectos de la presente consulta, se debe indicar que Colciencias tampoco allegó modelos de este tipo de contratos.

**iii) “Reembolso parcial.** *Para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga maduración o de interés general, la entidad contratante*

374 Teniendo en cuenta que en la liquidación debe efectuarse el corte de cuentas para saber quién debe a quién.

*podrá determinar en el contrato la cuantía de los recursos reembolsables y la de los que no lo son”;*

En este caso, el negocio jurídico podría considerarse eventualmente de naturaleza mixta, toda vez que comparte, de una parte, las características del contrato de financiamiento con reembolso obligatorio, y por la otra, la de una especie de subvención con destinación específica. Por ello, frente a este tipo de financiamiento se despliega el análisis realizado en los numerales anteriores en relación con la modalidad de reembolso obligatorio y con los convenios especiales de cooperación que envuelven un tipo de subvención.

**iv) “Recuperación contingente.** *La obligación de pago del capital e intereses solo surge cuando, a juicio de la entidad contratante, se determine que se ha configurado una de las causales específicas de reembolso que se señalen en el contrato. La existencia de la obligación será establecida mediante resolución motivada”.*

Con fundamento en la norma transcrita, en esta modalidad de financiamiento la entidad contratante se obliga a entregar una determinada suma de dinero, con cargo a la obligación del contratista de utilizarla en la ejecución en la actividad de interés público a la cual fueron destinados, pero sin la obligación originaria de restituir los dineros recibidos al vencimiento del plazo previsto en el contrato.

En efecto, de conformidad con la descripción normativa, la obligación de restitución de los dineros recibidos por la entidad contratante, solo surge con la resolución motivada en la que se declare la ocurrencia de una de las causales específicas de reembolso previstas en el contrato.

Obviamente, como lo expondrá la Sala más adelante, esta resolución no puede expedirse una vez vencido el plazo máximo para la liquidación del contrato. Como regla general, si no se expide la resolución, no existirá la posibilidad de alegar la existencia de la obligación contractual de restituir los dineros entregados por la entidad.

En este orden de ideas, en este contrato también se configura un tipo de subvención con destinación específica, al cual le son aplicables las consideraciones expuestas en este concepto sobre la naturaleza de los recursos entregados por Colciencias a través de los convenios especiales de cooperación.

En forma adicional, del contenido de los contratos de financiamiento contingente allegados por Colciencias para esta consulta, la Sala observa que estos adquieren un alcance distinto al de la modalidad de financiamiento regulada por el art. 8° del Decreto 591 de 1991<sup>375</sup>. En efecto, en estos se introduce expresamente la obligación del contratista de restituir a Colciencias los recursos entregados para el desarrollo de la actividad de ciencia y tecnología objeto del contrato, cuanto se presente una de las contingencias previstas en el contrato, pero adicionalmente, *siempre* que los recursos entregados por

<sup>375</sup> De acuerdo con lo informado por Colciencias, aproximadamente el 90% de los contratos de financiamiento celebrados por la entidad y sobre los cuales recae de manera especial la presente consulta, corresponden a esta modalidad de financiamiento.

Colciencias no hayan sido utilizados por el contratista para la actividad de ciencia y tecnología a la cual fueron destinados.

De manera que el surgimiento de la obligación de reembolso de los dineros entregados por Colciencias, por lo menos cuando estos no se utilicen para la actividad a la cual fueron destinados, no está condicionada al acto administrativo que expida oportunamente la entidad contratante, propio de la modalidad de reembolso contingente descrito en el Decreto 591 de 1991, pues desde el inicio del contrato se consagra expresamente la obligación del contratista de reintegrar los recursos recibidos y no ejecutados.

En otras palabras, independientemente de su denominación, por el contenido del contrato, que es el que debe primar en su interpretación, los contratos celebrados por Colciencias y denominados como de “reembolso contingente”, no se subsumen en la descripción legal de esta modalidad de financiamiento contenida en el Decreto Ley 591 de 1991.

Para mayor ilustración de lo afirmado, se transcribe el texto de la cláusula de REINTEGRO reproducida por Colciencias en su escrito de consulta y que en términos generales se equipara a las introducidas en los modelos de contratos allegados por la entidad para el mejor proveer de esta consulta:

*“REINTEGRO”: A la finalización del proyecto, la Entidad reintegrará a Colciencias los recursos recibidos y no ejecutados, más los intereses bancarios corrientes causados desde la fecha de terminación del plazo del contrato, a las tasas vigentes en el momento de la restitución, previo agotamiento de los trámites necesarios que garanticen a la Entidad sus derechos de defensa y contradicción. En caso de que la Entidad no regrese los dineros, la obligación **se consignará** en el acta de liquidación firmada por las partes o mediante resolución motivada”. (Resalta la Sala).*

Como se deduce de la cláusula transcrita, en los contratos allegados a la Sala y denominados por Colciencias como de reembolso contingente, la obligación del contratista de restituir los dineros entregados por la Entidad no surge exclusivamente con la resolución motivada que declara la contingencia y el deber de restitución de los recursos, tal y como lo prevé el Decreto 591 de 1991, sino cuando expira el plazo para la ejecución del contrato, sin que los dineros entregados por la entidad hayan sido destinados por el contratista para el desarrollo de la actividad de ciencia y tecnología.

Y aunque para este segundo evento también se establece la necesidad de consignar la respectiva “contingencia” en el acta de liquidación unilateral o bilateral de las partes, es evidente que este “registro” o “consignación” solo deja constancia de la existencia de un hecho anterior, esto es, el incumplimiento de la obligación de reintegrar las sumas que no fueron utilizadas para la actividad a la cual fueron destinadas. En efecto, en virtud de la cláusula de reintegro pactada por las partes, esta obligación surge desde el mismo momento en que se vence el plazo del contrato, sin que el contratista haya invertido los recursos financiados en la actividad a la cual fueron destinados.

### c. Los contratos de administración de proyectos.

Estos contratos fueron concebidos por el art. 9 del Decreto ley 591 de 1991 -el cual mantuvo vigente el art. 81 de la Ley 80 de 1993- como una tipología contractual a través de la cual, la nación y las entidades públicas descentralizadas pueden desarrollar actividades científicas y tecnológicas. Sin embargo, a diferencia de los contratos de financiación, estos no fueron específicamente definidos por el Gobierno nacional.

Esta labor le ha correspondido entonces a la doctrina<sup>376</sup>, así como a las entidades de fomento de las actividades científicas y tecnológicas como el SENA<sup>377</sup>, o a entidades como Colombia Compra Eficiente<sup>378</sup>, para los cuales estos contratos son, en términos generales, negocios jurídicos mediante los cuales la Nación y las Entidades descentralizadas encargan a un tercero idóneo, a efectos de que este desarrolle para la Entidad, la administración integral de un proyecto dirigido al desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación, pero por cuenta y riesgo de la entidad contratante. Es decir, el tercero –administrador del proyecto– es una persona al servicio de la entidad estatal que funge como titular del proyecto, ya que esta última se ve en la necesidad de que un tercero que cuenta con la capacidad técnica y administrativa para el efecto, administre el proyecto<sup>379</sup>.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que estos negocios podrían ser calificados como una especie de los contratos de administración delegada<sup>380</sup>, en los cuales la entidad estatal mantiene la titularidad del proyecto y de los dineros destinados para su ejecución, mientras que el tercero solo los administra y ejecuta a cambio de una contraprestación. En consecuencia, no existe duda de que los recursos entregados para la ejecución del

376 *Ibid.*, p. 432.

377 Cfr. *Manual para la celebración de convenios*, versión 1.0, código M14 – 1011-001, emitido por la Dirección Jurídica del SENA en el año 2014.

378 Circular Externa No 6 del 27 de septiembre de 2012.

379 Así, Chávez Marín, A. R., cit. p. 433.

380 En sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 16 de septiembre de 2010, Exp. 16605, se señaló: “La referencia conceptual más descriptiva de los contratos de administración delegada es la que contienen los Estatutos de Contratación Pública - Decretos 1518 de 1965 (art. 5°), 150 de 1976 y 222 de 1983, este último derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que presentan dicha forma contractual como modalidad del contrato de obra pública asociada a la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que solo es delegado o representante de aquella, a cambio de unos honorarios previamente pactados. Se creó entonces el concepto dentro del contexto de la actividad edificadora, que en el régimen de la Ley 80 de 1993 pasó a condensarse en los contratos de obra para la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, advirtiéndose que en los celebrados a través de licitación o concurso público, la interventoría debe contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, llamado a responder por los hechos u omisiones que le fueren imputables (art. 32, No. 1). Esta concepción legal en materia de contratación estatal, resulta útil a la hora de examinar los contratos celebrados entre particulares bajo la denominación de “Administración Delegada”, dada la inexistencia de normas civiles que los tipifiquen. De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado solo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados. Como tal, el contrato abarca dos grupos de obligaciones principales, las propias del contrato de “arrendamiento para la confección de una obra material”, regulado por los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, cuyo objeto principal es la ejecución de la obra contratada dentro de las especificaciones y los plazos convenidos; y las que atañen a las relaciones establecidas entre el propietario y el constructor en lo que concierne a la administración de los fondos que deben invertirse para la ejecución de dicha obra, regidos por las normas del Código Civil que regulan el contrato de mandato (arts. 2142 a 2199), en cuanto no pugnen con las estipulaciones hechas por los contratantes y con las características especiales del contrato. Frente a cada una de ellas el constructor asume responsabilidades correlativas. En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar claramente la obra a ejecutar; suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, como fondos económicos, o, si se pactaron, bienes muebles e inmuebles; y remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos. A su vez, el contratante toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo; conservar y devolver en buen estado los bienes que hubiere recibido para la ejecución del contrato, salvo el deterioro natural; escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de este; subcontratar; pagar las indemnizaciones por los daños que la ejecución cause a terceros, por su culpa descuido o negligencia o por la del personal que contrató; y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”.

proyecto se mantienen vinculados a la titularidad de la entidad contratante, toda vez que el administrador del proyecto actúa como mero administrador de los mismos. Una situación distinta se presenta con los honorarios pactados a favor del contratista como contraprestación del servicio de “administración” suministrado a la entidad estatal, puesto que al ser entregados a título de pago estos se desplazan al patrimonio del contratista sin ningún condicionamiento.

## 2) Naturaleza jurídica de los recursos entregados en la ejecución de los contratos de ciencia, tecnología e innovación

Para resolver el problema jurídico de la presente consulta, esto es, determinar cuáles son los instrumentos jurídicos con los que cuenta Colciencias para ajustar cuentas y recuperar los dineros entregados en la ejecución de los contratos y convenios de ciencia y tecnología, que no fueron destinados para el desarrollo de tales actividades, una vez vencido el plazo para la liquidación del contrato estatal sin que esta se haya realizado, es necesario precisar la naturaleza jurídica de los recursos entregados por la entidad.

Como se deduce del análisis expuesto, no existen disposiciones legales que determinen la naturaleza jurídica de estos recursos y, por regla general, este aspecto tampoco es definido por Colciencias en el contenido de los contratos o convenios celebrados para la promoción de las actividades de ciencia y tecnología. De ahí que la definición de estos aspectos quede en manos del intérprete, quien deberá acudir a una calificación que armonice con la naturaleza, finalidad y alcance de estos contratos y convenios.

En este orden de ideas, para la Sala, estos recursos mantienen, en su aspecto funcional, la naturaleza de recursos *públicos*, teniendo en cuenta que: i) son recursos de origen público según la naturaleza de la entidad contratante y del ordenamiento jurídico que los regula; ii) su “entrega” por parte de Colciencias se realiza afecta a un fin o *destinación específica*, con el cual se da cumplimiento a un objetivo o finalidad pública a cargo de la entidad y, iii) su contratista o cooperante recibe los recursos, exclusivamente, para utilizarlos en la actividad objeto del contrato.

Es claro que del régimen legal y del contenido de estos contratos no puede predicarse su naturaleza de pago o contraprestación realizada al contratista por un bien o servicio prestado a Colciencias, pues si así fuera, y la prestación convenida no es entregada a la entidad, el debate se ubicaría en el ámbito propio de la responsabilidad contractual.

Por el contrario, se observa que los recursos entregados por Colciencias en los contratos de ciencia y tecnología están condicionados, de acuerdo con la ley y lo pactado por las partes, a una destinación específica (*modus*) y a la condición resolutoria tácita que se deriva de la misma (o que es expresamente pactada por las partes), lo cual determina que estos recursos se mantienen *afectos* al patrimonio público de la entidad contratante, hasta tanto no sean utilizados correctamente.

Como respaldo de esta afirmación, en relación específica con los convenios especiales de cooperación allegados por Colciencias, la Sala destaca las siguientes afirmaciones

desarrolladas por la doctrina española respecto de los dineros entregados por las entidades estatales en desarrollo de la Ley española de subvenciones:

*“(...) se ha sostenido que la subvención sigue siendo ‘funcionalmente’ dinero público, lo que derivaría del dato de su afectación a un fin. Esta concepción objetivo-funcional de los fondos públicos justificaría el sometimiento de los beneficiarios a los controles de la Intervención General de la Administración del Estado y el Tribunal de Cuentas, así como su calificación como cuentadantes y su sometimiento a la responsabilidad contable”<sup>381</sup>.*

Esta conclusión también resulta consonante con la naturaleza jurídica atribuida por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado a la figura del *anticipo*, esto es, su calidad de recursos públicos destinados a financiar al contratista, hasta el momento de la entrega de la prestación y de su total amortización<sup>382</sup>.

En efecto, bajo el presupuesto de que el anticipo se equipara a una especie de préstamo o financiación otorgado por la entidad contratante al contratista, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido reiteradamente<sup>383</sup> –aunque no de manera uniforme<sup>384</sup>–, que a diferencia de lo que ocurre con el pago anticipado, cuyos valores se trasladan inmediatamente al patrimonio del contratista, los dineros entregados a título de anticipo mantienen su vinculación al patrimonio público de la entidad estatal contratante, hasta el momento en el que los mismos son amortizados a título de pago por la obra o servicio contratado<sup>385</sup>.

La distinción entre el anticipo y el pago anticipado ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado<sup>386</sup>, en los siguientes términos: *“No cabe entonces la menor duda de que los dineros entregados al contratista a título de anticipo en las condiciones descritas por la jurisprudencia son dineros públicos porque no se entregan como pago anticipado, lo cual haría propietario al contratista, y están destinados por la ley y el contrato a la financiación de su ejecución (...)”*

En sentido análogo se ha pronunciado esta Sala<sup>387</sup>, quién en esta oportunidad reitera la distinción jurídica existente entre el anticipo y el pago anticipado, en forma específica, porque así lo han establecido expresamente la ley y el reglamento. En efecto, los artículos

381 Bueno Armijo. A. *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*. Bogotá, 2013, pp. 67-68, con citación de bibliografía ulterior.

382 Con relación al concepto de anticipo en los contratos estatales, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reseñado su calidad de “préstamo” para el contratista, lo cual implica, según la definición de mutuo del Código Civil y el carácter de bien fungible del dinero, la obligación del contratista de restituir el mismo género y la misma cantidad recibida. Sin embargo, para la Sala, como se expondrá, no resulta suficiente respaldar los efectos jurídicos del anticipo a partir de su tipificación como una modalidad de “préstamo”, pues la fundamentación jurídica de la entrega de los dineros por parte de la entidad de fomento al contratista, está determinada por su destinación específica, lo que determina su carácter objetivo funcional de recurso público.

383 Como ha sido afirmado ampliamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los anticipos se configuran como recursos que la entidad contratante entrega al contratista, incluso antes de la ejecución del contrato, con el objetivo de financiar los costos en que este debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual y no como pago de los trabajos o labores realizadas; de ahí que los mismos se distingan de la figura del pago anticipado, donde los recursos entregados al contratista sí están llamados a extinguir –aunque de manera anticipada– la obligación de la parte contratante frente al contratista y, por lo tanto, entran inmediatamente a su patrimonio. En este sentido pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 13 de septiembre de 1999 (Exp. 10.607); de 22 de junio de 2001 (Exp. 13.436) y de 29 de enero de 2004, Exp. 10.779.

384 Cfr. Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2006. Exp. 24812., en la que se controvierte que el anticipo pueda considerarse como un préstamo, o mutuo de dinero, y aún su diferencia con el pago anticipado.

385 Excepción hecha de los contratos de obra, concesión, salud o los que se realicen por licitación pública, para los cuales la Ley 1474 de 2011 cambió drásticamente el esquema, con la previsión de la obligación de constituir una fiducia o patrimonio autónomo para garantizar el buen manejo del anticipo (art. 91).

386 Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Sentencia del 8 de agosto de 2001 (AC-10966 y AC-11.274).

387 Cfr. Consejo Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2008. Rad. 1881.

40 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 distinguen y enuncian tanto el anticipo como el pago anticipado, en especial para efectos de las garantías del contrato estatal.

Para la Sala, el principal fundamento de la naturaleza pública atribuida al anticipo, de manera similar a lo que se afirma en este concepto en relación con los dineros entregados para las actividades de ciencia y tecnología, no es tanto su carácter de financiamiento o aún de préstamo<sup>388</sup>, sino el hecho de que su entrega al contratista se realiza afecta a una destinación específica que representa una actividad de interés público y de la cual surge la obligación del contratista de utilizarlos única y exclusivamente para estos efectos o, en su defecto, de restituirlo a la entidad que aportó los recursos.

Finalmente, para el caso de los contratos de administración de proyectos, la tesis de la naturaleza pública de los recursos entregados por Colciencias al contratista de la entidad, encuentra respaldo en el alcance mismo del contrato de administración de proyectos, teniendo en cuenta la calidad de simple “administrador” que adquiere el contratista frente a los recursos entregados por la entidad contratante, muy distinto a lo que sucede con los dineros que le son entregados a título de pago de sus honorarios.

Ahora bien, la naturaleza pública de los recursos entregados por Colciencias, inherente a su destinación específica afecta a un fin de interés general, muestra que su restitución no solo está amparada por la acción de controversias contractuales, sino además por otro tipo de acciones y de responsabilidades concebidas por el ordenamiento jurídico para la protección de los recursos públicos.

Es importante precisar, finalmente, que las consideraciones expuestas no son aplicables a los pagos realizados por una entidad estatal, como retribución por la prestación pactada en un contrato, puesto que estos recursos no gozan de las mismas características mencionadas, sino que se trasladan directamente al patrimonio del contratista sin mantener una afectación al desarrollo de una determinado actividad de interés público, y sus controversias deben enmarcarse en el ejercicio de las acciones contractuales correspondientes.

### **3. Régimen contractual de los contratos científicos y tecnológicos y el consecuente régimen de liquidación del contrato y de caducidad de la acción contractual**

En lo referente al régimen contractual de cada uno de los contratos de ciencia y tecnología analizados en el numeral anterior, se debe señalar, en primer lugar, que aunque se trata de modalidades convencionales previstas con anterioridad a la Constitución de 1991, todas ellas encuentran fundamento y respaldo en un grupo de normas que promueven y apoyan la investigación científica y tecnológica en la Carta Política<sup>389</sup>:

<sup>388</sup> Caracterización de financiación o de préstamo que nada agrega al tema.

<sup>389</sup> "(...) el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad". (Inciso 2° del art. 65).  
"El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá condiciones especiales para su desarrollo". (inciso 3° del art. 69).

De otro lado, no se puede perder de vista que en la celebración y ejecución de estos contratos y convenios, los funcionarios públicos deben respetar los principios de las actuaciones administrativas previstos en el art. 209 de la Carta Política, especialmente, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Adicionalmente, los contratos y convenios celebrados para el fomento de las actividades de ciencia y tecnología están gobernados por los principios y criterios previstos por el art. 4 de la Ley 1286 de 2009<sup>390</sup>, especialmente, los de evaluación, participación en la toma de decisiones, transparencia y continuidad, oportunidad y suficiencia.

### a. Los convenios especiales de cooperación.

Los convenios especiales de ciencia y tecnología están gobernados por las normas especiales previstas por los Decretos 393 y 591 de 1991, en combinación con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, subsidiariamente, por las normas de derecho privado. A esta conclusión llega la Sala de conformidad con el examen que se expone a continuación.

El art. 7° del Decreto ley 393 de 1991 sometió a los convenios especiales de cooperación, para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología, al régimen de derecho privado. Posteriormente, el art. 24 de la Ley 80 de 1993 reguló expresamente los contratos de ciencia y tecnología<sup>391</sup>, al prever la posibilidad de que estos fuesen celebrados a través del *régimen de contratación directa*.

"El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación". (Aparte final del inciso 2° del art. 70).

"La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que fomenten las ciencias y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a las personas e instituciones que ofrezcan estas actividades". (Art. 71).

390 "Artículo 4°. Principios y criterios de la actividad de fomento y estímulo. Los principios y criterios que regirán el fomento, desarrollo y fortalecimiento de la ciencia, la tecnología y la innovación, así como las actividades de investigación que realicen los organismos y entidades de la administración pública, serán los siguientes:

1. Evaluación. Los resultados de las actividades de investigación y desarrollo tecnológico que sean objeto de fomento, apoyo o estímulo, en términos de esta Ley, serán evaluados y se tomarán en cuenta para el otorgamiento de apoyos posteriores.

2. Participación en la toma de decisiones. Las comunidades científicas y los sectores sociales y productivos participarán en la formulación y en la determinación de las políticas generales en materia de ciencia, tecnología e innovación, en los temas que determine el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias).

3. Descentralización. Los instrumentos de apoyo a la ciencia, la tecnología y la innovación deben ser promotores de la descentralización territorial e institucional, procurando el desarrollo armónico de la potencialidad científica y tecnológica del país, buscando así mismo, el crecimiento y la consolidación de las comunidades científicas en los departamentos y municipios.

4. Revisión y actualización. Las políticas y estrategias de apoyo al desarrollo científico, tecnológico y de innovación, deben ser periódicamente revisadas y actualizadas, de manera que impacten el aparato productivo nacional.

5. Transparencia. Las instituciones, programas, proyectos y personas objeto de apoyo, se podrán seleccionar mediante convocatorias públicas, basadas en criterios de mérito y calidad.

6. Continuidad, oportunidad y suficiencia. El apoyo a las actividades científicas, tecnológicas e innovadoras debe ser continuo, oportuno y suficiente para garantizar su crecimiento y sostenibilidad.

7. Divulgación. Las instituciones pertenecientes al Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI) que reciban apoyo del Gobierno nacional, deben dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 29 de 1990 y divulgar los resultados de sus investigaciones y desarrollos tecnológicos y de innovación, sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual correspondientes, y de la información que, por razón de su naturaleza, tenga carácter de reserva.

8. Protección. El Estado promoverá el desarrollo de políticas e instrumentos para administrar, evaluar, proteger y reconocer la propiedad intelectual de los desarrollos en ciencia, tecnología e innovación". (Subraya la Sala).

391 Cabe precisar que dentro de los contratos de ciencia y tecnología a los que hace referencia el art. 24 de la Ley 80 de 1993 deben entenderse incluidos los convenios especiales de cooperación, toda vez que la norma no hace distinción entre contratos y convenios y por el contrario, parece estar haciendo referencia a todos aquellos negocios que tienen como objeto el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación.

De esta manera, la Ley 80 entró a gobernar los convenios de ciencia y tecnología celebrados por Colciencias, de manera conjunta con las normas especiales previstas para este tipo de convenios, y con la aplicación subsidiaria del régimen de derecho privado al cual se refiere el Decreto ley 393 de 1991.

Al respecto, es importante referir que en la Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995<sup>392</sup>, la Corte Constitucional, al declarar exequible el art. 7 del Decreto 393 de 1991, amparó al mismo tiempo la vigencia de la norma. De manera puntual, la Corte Constitucional estimó lo siguiente:

*“El inciso final del art. 150 de la Constitución si bien faculta al Congreso para “expedir el estatuto general de la contratación pública y en especial de la administración nacional”, no alude a un estatuto único; pero además el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; **de ahí la razón por la cual la Ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación**”.* (Resalta la Sala).

Por su parte, esta hermenéutica de la Corte Constitucional fue explícitamente acogida por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>393</sup>, al afirmar lo siguiente:

*“[...] tampoco la Ley 80 de 1993 derogó el Decreto ley 393 de 1991, pues, como lo anotó la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de varias de sus disposiciones, mediante Sentencia C-316 del 19 de julio de 1995 y respaldar con ello también la vigencia de esta normativa, “...el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la Ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación...”].*

Sin embargo, la misma jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó lo siguiente:

*“De cuanto antecede se colige que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, desde su entrada en vigencia, es aplicable a los contratos que la Nación y sus entidades descentralizadas celebren para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología en aquellos aspectos no regulados expresamente en los artículos 2, 8, 9, 17 y 19 del Decreto ley 591 de 1991 y en el Decreto ley 393 de 1991, como que, por ejemplo, en los procesos de selección de los contratistas se deben respetar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, tener en cuenta las inhabilidades e incompatibilidades y aplicar las disposiciones de solución de conflictos, entre otros aspectos”.*

392 Cfr. Corte Constitucional en la Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995.

393 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del once (11) de febrero de dos mil nueve (2009). Rad. número: 25000-23-31-000-2000-13018-01 (16653). M. P. Ruth Stella Correa.

En definitiva, de conformidad con la interpretación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y la tecnología se encuentran sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas que lo modifiquen o adicionen, a las normas especiales vigentes de los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991, y a las normas de derecho privado, en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, en todo aquello no regulado expresamente por el citado estatuto y las mencionadas disposiciones especiales.

Teniendo en consideración las preguntas que se formulan en la consulta, es importante señalar que este esquema no sufrió variación con la Ley 1286 de 2009, toda vez que el inciso de su art. 33 dispuso:

*“Las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, continuarán rigiéndose por las normas especiales que les sean aplicables. En consecuencia, tales contratos se celebrarán directamente”.*

Como se observa, este precepto no modificó la normatividad vigente respecto al régimen de los contratos y convenios de ciencia y tecnología, tal y como se deduce del término “continuarán” rigiéndose por las normas especiales que le sean aplicables, con lo cual se hace referencia, según la interpretación de la Sección Tercera del Consejo de Estado reafirmada en este concepto, a las normas de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas reglamentarias, en combinación con las normas especiales de los Decretos 393 y 591 de 1991 y, en lo no previsto por estas normas, por el derecho privado.

Situación diferente se predica de los contratos de ciencia y tecnología celebrados con el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, – Fondo Francisco José de Caldas–, teniendo en cuenta que para estos la Ley 1286 prevé la aplicación excepcional del régimen de derecho privado (art. 23).

## **b. Los contratos de financiamiento y de administración de proyectos.**

La Sala considera que los contratos de financiamiento y los contratos de administración de proyectos están gobernados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas especiales que regulan los contratos de financiación para el fomento de las actividades de ciencia y tecnología, con la aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado. Esta conclusión se sustenta en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque el art. 81 de la Ley 80 de 1993 derogó expresamente el art. 3° del Decreto 591 de 1991, que establecía que los contratos de ciencia, tecnología e innovación enunciados en el art. 7° del mismo decreto<sup>394</sup>, se regirían por las normas de derecho privado.

<sup>394</sup> Se trata de tipologías contractuales que, como ya se analizó, fueron reducidas por el art. 81 de la Ley 80 de 1993, a los contratos de financiamiento, de administración de proyectos y a los convenios especiales de cooperación.

De esta manera, el legislador de la Ley 80 de 1993 dejó clara la intención de sustituir la aplicación exclusiva del régimen de derecho privado previsto para estos contratos, por un régimen mixto conformado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por las normas especiales de ciencia y tecnología que no fueron expresamente derogadas por la Ley 80, y en lo no previsto en estas disposiciones, por las normas del derecho privado, de conformidad con lo previsto en el art. 13 de la Ley 80 de 1993.

Así lo confirmaba, además, la previsión del art. 24, numeral 1, literal d) y, actualmente, lo afirmó el artículo 4°, numeral 2, de la Ley 1150 de 2007<sup>395</sup>, cuando subrogó las normas que establecen que los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas pueden ser celebrados *directamente*, con lo cual los está sometiendo a su regulación, aunque con un proceso de selección más flexible que el de la regla de la licitación.

Finalmente, también se debe señalar que el régimen jurídico que gobierna a los contratos de financiamiento y a los contratos de administración de proyectos para el fomento de las actividades científicas y tecnológicas no fue modificado por el art. 33 de la Ley 1286 de 2009, toda vez que la expresión “*continuarán rigiéndose por las normas especiales que le sean aplicables*” contenido en esta norma, evoca al régimen legal vigente para estos contratos al momento de expedición de la ley.

Como consecuencia de lo expuesto, los contratos de financiación y los de administración de proyectos, para ciencia, tecnología e innovación, están sometidos al régimen de liquidación de los contratos estatales contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y al de caducidad de la acción contractual previsto en el CPACA.

En relación específica con el régimen de liquidación, estas afirmaciones son aplicables para todos los contratos de ciencia, tecnología e innovación, salvo que se trate de contratos realizados con recursos del Fondo Francisco José de Caldas, los cuales están regidos por el derecho privado y, por lo tanto, están gobernados por el régimen sustancial que gobierna a los contratos de derecho privado.

### **c. Los contratos de financiamiento y de administración de proyectos celebrados con los recursos del Fondo Francisco José de Caldas**

La Ley 1286 de 2009 no solo transformó a Colciencias en Departamento Administrativo, sino que estableció un grupo de disposiciones dirigidas a fortalecer el Sistema Nacional para el fomento de la Ciencia y la Tecnología en el país, entre ellas, su sistema de financiamiento.

Para estos efectos el art. 22 de esta ley creó el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación –Fondo Francisco José de Caldas–; ordenó que los recursos de este fondo fueran administrados por un patrimonio autónomo cuyo único

<sup>395</sup> El artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 prevé que la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

“(…) 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(…) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

fideicomitente sería Colciencias y, finalmente, en relación con los actos y contratos que pueden ser celebrados con los recursos de este fondo, señaló lo siguiente:

*Art. 33. “(...) los actos y contratos que celebre el Fondo se sujetarán a las normas de contratación del derecho privado subsidiariamente con las de ciencia y tecnología. La Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal sobre los recursos públicos que se transfieran al Fondo”. (Resalta la Sala).*

De conformidad con la norma transcrita y con lo que se ha sustentado en este concepto, los contratos de ciencia y tecnología que se realicen con el Patrimonio Autónomo constituido por Colciencias con los dineros del Fondo Francisco José de Caldas, son los únicos contratos de ciencia y tecnología que se pueden celebrar con fundamento en las reglas que gobiernan los contratos de derecho privado, de conformidad con lo previsto expresamente en la Ley 1286 de 2009, norma posterior que tiene la misma jerarquía que las Leyes 80 y 1150 ibídem. De esta manera, al no existir una normatividad que regule la figura de la liquidación de los contratos de derecho privado, esta solo procederá cuando así lo hayan establecido las partes y estará gobernada por las reglas previstas por estas en ejercicio de su autonomía privada.

Sin embargo, en relación con la aplicabilidad de la regla de prescripción del derecho regulada por el Código Civil, o de caducidad de la acción contractual contenida en el CPACA, se debe recordar que la Sección Tercera de esta Corporación ha reiterado en varias oportunidades<sup>396</sup> que, comoquiera que las controversias contractuales que se derivan de estos contratos estatales regidos por el derecho privado también son conocidas por la jurisdicción Contencioso Administrativa (como se deriva de lo dispuesto en los arts. 104, 141 y 164 del CPACA), las mismas están sometidas a las normas de caducidad contenidas en la Ley 1437 de 2011 y no a las normas relativas a la prescripción del artículo 2535 del Código Civil.

Cabe precisar que el presente concepto no versa sobre los contratos de ciencia y tecnología celebrados con el Fondo Francisco José de Caldas, toda vez que en su escrito de consulta Colciencias solo los menciona tangencialmente, y en la reunión sostenida con las funcionarias de la entidad para el mejor proveer de esta concepto, se dejó evidenciado que estos contratos no eran objeto específico de esta consulta. En consecuencia, este concepto está centrado en los contratos de ciencia y tecnología celebrados por Colciencias, sin el uso de los recursos del Fondo Francisco José de Caldas.

#### **4. La naturaleza, procedencia y plazos de la “liquidación” de los contratos estatales. Su aplicabilidad a los convenios y contratos de ciencia y tecnología.**

La liquidación del contrato estatal corresponde a un ajuste final de cuentas, que tiene como propósito finiquitar el negocio celebrado entre las partes mediante el

<sup>396</sup> Cfr. entre otras, Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2013. Exp. 46112. M. P. Hernán Andrade Rincón.

reconocimiento de quién debe a quién y cuánto, o de declararse a paz y salvo, según el caso.

Así lo ha sostenido esta Sala en otras oportunidades, en las que se ha señalado expresamente que la liquidación de un contrato estatal es un *“procedimiento por medio del cual, concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del mismo, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto en relación con su ejecución”*. En términos generales, *“se trata de un trámite que busca determinar el resultado final de los derechos y deberes de las partes”*<sup>397</sup>.

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado en varias ocasiones que *“la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial”*<sup>398</sup>.

Pero la liquidación de un contrato no solo es una fase que implica un proceso de revisión, discusión, conversación, análisis y ajustes sobre lo ocurrido en la fase de ejecución del acuerdo, sino que además es una invitación que la ley realiza a las partes para finiquitar mediante acuerdo todas las diferencias que tengan en relación con el contrato, razón por la cual en el acta de liquidación se pueden hacer constar *“los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”* (artículo 60, Ley 80 de 1993, modificado por artículo 32, Ley 1150 de 2007 y por el artículo 217, Decreto 0019 de 2012).

El art. 60 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217 del Decreto 0019 de 2012), establece que la liquidación de los contratos estatales es obligatoria en los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran. Por su parte, será potestativo en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión<sup>399</sup>.

Teniendo en cuenta los tipos de negocios de ciencia y tecnología sobre los cuales se consulta, vale la pena señalar que si bien la norma arriba mencionada hace referencia a la categoría de los *contratos estatales*, es imperativo concluir que la figura de la *liquidación* en ella contenida se predica tanto de los contratos *stricto sensu*, como de los convenios, toda vez que la norma no distinguió entre uno y otro y, por el contrario, utilizó una categoría general en la cual la ley engloba estos dos tipos de convenciones.

397 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 31 de octubre de 2001. Exp. n. 1365.

398 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Exp. n. ° 16.370.

399 Así se desprende de una interpretación gramatical y lógica del art. 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217, Decreto 0019 de 2012, que establece lo siguiente: *“[l]os contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación”; sin embargo, “[l]a liquidación (...) no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”*.

Por lo tanto, a los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología celebrados por Colciencias se les aplica el régimen de liquidación de los contratos estatales, teniendo en cuenta además que estos contratos se configuran como negocios jurídicos que se extienden en el tiempo y, con mayor razón, porque comportan la entrega de dineros públicos al cooperante con un determinado fin, lo que determina la exigencia de realizar un ajuste de cuentas al final del contrato, que permita verificar por parte de la entidad estatal de fomento, el efectivo cumplimiento de las obligaciones adquiridas por su cooperante.

Por su parte, la liquidación del contrato resulta obligatoria en los contratos de financiamiento o de administración de proyectos, toda vez que los mismos son de *tracto sucesivo*, y su naturaleza determina la necesidad de realizar un ajuste de cuentas a final del contrato, para verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes, en especial, por el contratista de la entidad de fomento.

**En lo referente al término previsto para la liquidación de los contratos estatales**, se debe resaltar, en primer lugar, que por regla general la ley deja en manos de la entidad contratante (en el pliego de condiciones) o de las partes (al momento de celebrar el contrato) la fijación del plazo para realizar la liquidación del contrato, según el objeto, naturaleza y cuantía, toda vez que la complejidad para liquidar un contrato no es siempre igual. Empero, frente a la ausencia de una estipulación sobre el plazo de la liquidación, se despliega la fuerza vinculante del término supletorio de 4 meses consagrado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, para la liquidación bilateral del contrato<sup>400</sup>.

Por su parte, si dentro del término previsto convencionalmente por las partes o dentro de los 4 meses previstos por la ley para la liquidación del contrato, no se logra un acuerdo entre ellas o el contratista no se presenta, la entidad dispone de dos (2) meses para la liquidación unilateral del contrato.

Esto no quiere decir que el vencimiento de estos plazos precluya la posibilidad de realizar la liquidación bilateral o unilateral del contrato, toda vez que las partes o la entidad contratante pueden realizar la liquidación del contrato, siempre y cuando no haya transcurrido el término legal de caducidad de la acción contractual, que según el art. 164 del CPACA es de dos años contados a partir del vencimiento de los plazos previstos para la liquidación del contrato.

<sup>400</sup> Cabe recordar que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó el término dentro del cual debía agotarse la etapa de liquidación del contrato, vacío legal que colmó la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación en el sentido de indicar que las partes tenían cuatro (4) meses para hacerla de mutuo acuerdo a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato o dentro del término por ellas acordado. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 1988, Exp. n° 3615. Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado también señaló que la administración debía proceder a liquidar unilateralmente el contrato dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento de los términos para hacer la liquidación de mutuo acuerdo. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Exp. 5334. En esta línea jurisprudencial, el Consejo de Estado advirtió que en relación con los contratos que se encontraban sometidos al Decreto 222 de 1983, si bien no había un término legal expreso para la liquidación de los contratos, los plazos para que se hiciera la liquidación bilateral o unilateral eran los siguientes: "*Cuatro meses para intentar la liquidación bilateral, si lo anterior no se hace la administración cuenta con un plazo de dos meses para que realice la liquidación unilateral -para un total de seis meses-, y si esto tampoco se realiza a partir de allí se cuentan los dos años de caducidad de la acción*". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 10 de 2005, Exp. n°. 13.748.

Por su parte, estos lineamientos fueron recogidos por la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en sus artículos 60 y 61 (originales), y la Ley 446 de 1998, en su artículo 44, numeral 10, letra d), que modificó el artículo 136 del C. C. A.

Al respecto, cabe destacar que el art. 11 de la Ley 1150 de 2007, que subrogó el art. 60 de la Ley 80 de 1993, zanjó la discusión que surgió en su momento respecto al término último para realizar la liquidación bilateral o unilateral del contrato, al formular que:

*“(...) Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.”<sup>401</sup>.*

Como se puede apreciar, esta norma afirma la existencia de un plazo adicional para la liquidación bilateral o unilateral del contrato, que comienza a contar a partir de la expiración de los cuatro (4) meses para la liquidación bilateral y los dos (2) meses previstos para la liquidación unilateral y que se extiende por dos años, que es el término previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) para que opere la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Es importante señalar que el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo-C. C. A.) perdió vigencia como resultado de la derogatoria expresa comprendida en la Ley 1437 de 2011<sup>402</sup>, comprendido el artículo 136<sup>403</sup> y, por lo tanto, la norma a la que ahora remite el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 es la prevista en el artículo 164 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, que establece lo siguiente:

*“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*

*j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

...

*En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:*

...

*iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;*

<sup>401</sup> Esta norma fue sustituida por el art. 164 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

<sup>402</sup> **“Artículo 309. Derogaciones.** Deróguense a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984, el Decreto 2304 de 1989, los artículos 30 a 63 y 164 de la Ley 446 de 1998.

<sup>403</sup> **“Artículo 136. Caducidad de las acciones 10.** En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así... c) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; d) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

*iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*

*v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; (...).”*

En definitiva, si para la liquidación del contrato no hay plazos acordados por las partes, el término máximo para que la entidad estatal pueda proceder a liquidar el contrato, en ejercicio de las funciones atribuidas por ley, es de dos años y seis meses siguientes a la expiración del mismo (artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 CPACA). Vencido este plazo, no es posible realizar la liquidación del contrato, y los funcionarios de la entidad contratante pierden cualquier competencia en este sentido<sup>404</sup>. De manera adicional, si durante este término no se ha ejercido la acción de controversias contractuales, por regla general, también habría caducado la oportunidad para presentarla, de conformidad con lo previsto en el art. 164, numeral 2, literal j) del CPACA.

En este orden de ideas, resulta pertinente analizar las facultades o deberes que subsisten para la entidad estatal contratante, cuando se vence el plazo máximo para la liquidación del contrato estatal regulado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin que este se haya realizado.

## **5. Las facultades, poderes o deberes con que cuentan una entidad estatal, una vez que expiran los términos de liquidación de los contratos, a efectos de recuperar las sumas adeudadas por su contraparte en virtud de un contrato o convenio. El caso específico de los contratos y convenios de ciencia y tecnología celebrados por Colciencias.**

### **a. Imposibilidad legal para efectuar una liquidación bilateral o unilateral del contrato estatal por fuera del término máximo legal previsto para el efecto.**

El principio de legalidad al cual están sometidos los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones implica, entre otras, respetar el límite temporal para el ejercicio de sus funciones, so pena de destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo expedido.

Sobre la *competencia temporal o razione tempore*” se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación, para indicar que debido al *“carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”*<sup>405</sup>.

<sup>404</sup> Es importante tener en cuenta que, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación dentro del término inicial, o sea, pasados los primeros seis (6) meses que señala la ley, el contratista está en libertad de solicitar su liquidación judicial dentro de los dos (2) años que se establecen para demandar en tiempo en ejercicio del medio de control de controversias contractuales (art. 141 CPACA).

<sup>405</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999, Exp. n.º 10.196.

De manera más específica, en relación con la competencia temporal para la liquidación de los contratos estatales, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*“Toda vez que la parte actora solicitó, entre otras, la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad pública demandada liquidó unilateralmente el contrato, para la Sala resulta importante examinar el tema relacionado con la competencia ratio temporis de la entidad para el ejercicio de esta potestad. Lo anterior en razón a que: primero, la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea esta de carácter jurisdiccional o administrativa, exige un control de aquellos eventos en los cuales estas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aun cuando este no se hubiere solicitado en el proceso. Con base en lo expuesto y considerando la naturaleza de orden público, propia de las normas que regulan y atribuyen competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos casos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que esta constituye una grave causal de ilegalidad”<sup>406</sup>.*

Bajo esta misma filosofía, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en torno a la liquidación bilateral por fuera del plazo para la interposición del medio de control de controversias contractuales, ha señalado:

*“Si las partes*

*la liquidación bilateral del contrato cuando expiró el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, el negocio jurídico **queda viciado de nulidad absoluta, por falta de competencia de la entidad, pues este elemento del acto jurídico no es requisito exclusivo de los actos administrativos, sino que se exige para cualquier actuación de las autoridades públicas, de conformidad con los artículos 6 y 121 de la Constitución Política. En tal supuesto, la liquidación bilateral extemporánea también se encuentra viciada de nulidad, por objeto ilícito del negocio, por contrariar la competencia temporal prevista en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y por desconocimiento de las normas de orden público que establecen el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales** (art. 164, Ley 1437 de 2011), pues la liquidación por fuera de estos plazos implicaría revivir el cómputo de la caducidad”<sup>407</sup> (Resalta la Sala).*

En la misma línea, en relación con las eventuales actuaciones que pudiera realizar la entidad estatal, dirigidas a liquidar unilateralmente el contrato por fuera de la competencia temporal que las normas le han asignado, la jurisprudencia ha indicado lo siguiente:

406 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, Exp. n.º 18.292.

407 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de mayo de 2014, Exp. n.º. 23.788.

*“(…) es necesario advertir que en materia de contratación, las entidades estatales también se hallan limitadas en su actuación por las normas de competencia, de tal manera que solo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas por la Constitución y la ley y deben hacerlo en los términos de tal autorización, por cuanto de lo contrario, el funcionario en cuestión deberá responder por extralimitación de funciones (arts. 6°, 121 y 122, C. P.). En materia de liquidación de contratos, como ya se vio, la Administración puede proceder a efectuarla de manera unilateral, pero solo si se dan las circunstancias que la ley contempla para ello, pues de lo contrario, estará actuando por fuera del ámbito de su competencia”<sup>408</sup>.*

Este panorama, deja en evidencia la existencia de un consenso jurisprudencial acerca del principio de legalidad y de la competencia temporal a la que está sometida la facultad para liquidar los contratos estatales, en el sentido de que la liquidación bilateral o unilateral solo puede realizarse dentro del plazo máximo de dos años previstos para la interposición del medio de control de controversias contractuales; término que deberá contarse a partir de la expiración de los plazos iniciales para la liquidación bilateral o unilateral del contrato. Todo esto, sin que exista la posibilidad de reabrir los plazos ya precluidos.

De modo que las liquidaciones bilaterales o unilaterales que se realicen por fuera de este término resultan inválidas: las primeras, debido a la falta de competencia temporal de la entidad que concurre en esa circunstancia anómala a expresar su voluntad y por el vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito, al desconocer las normas de orden público que establecen el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales (art. 164, Ley 1437 de 2011); y las segundas, también por falta de competencia temporal (*ratio temporis*) y extralimitación de funciones (arts. 6, 121 y 122 C. P.).

No se puede perder de vista que las entidades estatales disponen de recursos públicos, razón por la cual, de acuerdo con la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, una vez expirado el plazo para la reclamación judicial sin que haya sido impetrada la demanda correspondiente por el contratista, no se podrían reconocer sumas que llegasen a generar una obligación de índole patrimonial para las entidades estatales contratantes.

A este propósito, interesa recordar que según el parágrafo segundo del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998<sup>409</sup>, se encuentra prohibido que las personas de derecho público puedan conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y de contenido económico, como son los asuntos contractuales, de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 70 de la Ley 446 de 1998), cuando ha operado el fenómeno de la caducidad. Todo esto so pena incluso de que se impruebe por el juez el acuerdo que contenga una conciliación, acuerdo o transacción sobre las mismas.

408 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. n°. 15.935.

409 “Artículo 81. El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, quedará así: (...) Parágrafo 2°. No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”. Incorporado en el artículo 63 del Decreto 1818 de 1998, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Dichas disposiciones confirman que las liquidaciones bilaterales o unilaterales realizadas por fuera del plazo máximo dispuesto por la ley para la liquidación de los contratos estatales son improcedentes y, por consiguiente, están viciadas de nulidad; circunstancia que a todas luces se extiende a cualquier acto, unilateral o bilateral, que con posterioridad al vencimiento del término de liquidación del contrato esté orientado a realizar revisiones, ajustes de cuentas entre las partes o, toma de decisiones, que comporten el reconocimiento de deudas o valores a cargo de la entidad estatal contratante y a favor del contratista o cooperante.

#### **b. Imposibilidad de exigir las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones del contrato, a través de la acción de controversias contractuales**

Como se deduce de lo expuesto en los numerales anteriores, el término máximo legal para la liquidación de los contratos estatales comprende el término de caducidad de la acción de controversias contractuales prevista por el ordenamiento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, o hacer efectiva las responsabilidades y/o restituciones que se deducen de su incumplimiento. Por lo tanto, vencido el período legal para la liquidación de un contrato legal, sin que esta se haya realizado y sin que se hubiese instaurado la acción de controversias contractuales, la entidad habrá perdido la oportunidad de presentar esta acción para que se declare el incumplimiento del contrato y como consecuencia se ordenen las restituciones e indemnizaciones respectivas.

Al respecto, cabe destacar que la figura de la *caducidad de la acción* ha sido calificada como un instituto orientado por razones de interés público, en cuanto exhorta a los sujetos procesales a ejercer la acción en un tiempo determinado<sup>410</sup>.

En armonía con esta perspectiva, la Sección Tercera de esta Corporación ha resaltado que el instituto de la caducidad de la acción ha sido concebida en el ámbito del derecho público, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico, y sobre la base de que las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción contenciosa para hacer efectivo su derecho<sup>411</sup>.

Por consiguiente, los términos de caducidad previstos por la ley para poner en funcionamiento las acciones administrativas constituyen una regla especial de orden público, a efectos de determinar el término máximo dentro del cual se puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Dentro de esas acciones se encuentra la acción de controversias contractuales regulada por el art. 164, numeral 2, literal j) del CPACA, la cual fija un término máximo de dos (2) años para su presentación, contados a partir del día siguiente al que se realiza la liquidación o se vence el término para el efecto, si el contrato es de tracto sucesivo. En consecuencia,

410 Cfr. Hinestrosa. F. *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá, 2008, p. 883, y nota 154.

411 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Exp. 13750. M. P. Ruth Stella Correa.

vencido este término sin que se haya liquidado el contrato, ni presentado la acción de controversias contractuales, no es posible perseguir por esta vía las responsabilidades y restituciones derivadas del incumplimiento contractual. Lo anterior no impide que la entidad pueda adelantar el cobro persuasivo de estos dineros, e incluso realizar acuerdos de pago sobre los mismos, pues en este caso, tales acuerdos resultan vinculantes para las partes.

Por ello, si en virtud del cobro persuasivo realizado por Colciencias, la entidad contratista o cooperante restituye los dineros que no fueron utilizados para la actividad a la cual fueron destinados, la entidad podrá retener lo pagado, a menos que una sentencia judicial ordene lo contrario. También podrá adelantar las demás acciones que se analizan a continuación.

### **c. Posibilidad y deber de realizar el cobro ejecutivo de las obligaciones claras, expresas y exigibles**

De manera adicional a lo expuesto en el literal anterior, se debe advertir que el término de caducidad de dos años previsto en el art. 164 del CPACA está referido al ejercicio de la acción contractual a través de la cual se pueden hacer efectivas las pretensiones reguladas en el art. 141 del mismo estatuto.

Para los efectos que aquí interesan, dichas pretensiones estarían llamadas a determinar el incumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos y los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología, o las que se derivan de su naturaleza, así como la restitución de los dineros que se derivan de dicho incumplimiento y la indemnización de los perjuicios que se hubiesen causado.

Sin embargo, la regulación de la pretensión contractual y de la caducidad de la acción es independiente de la acción ejecutiva mediante la cual se pretende cobrar al contratista o cooperante una suma líquida de dinero, con base en el negocio jurídico celebrado por las partes, siempre y cuando exista un título ejecutivo que dé cuenta de esta obligación, de manera clara, expresa y exigible.

En relación con esta acción ejecutiva, esta Sala, en oportunidad anterior<sup>412</sup>, había advertido que no es necesario que se haya realizado la liquidación del contrato para que pueda intentarse la acción ejecutiva. En estas consideraciones la Sala de Consulta y Servicio Civil ha seguido la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual:

*“La Sala considera que resulta procedente adelantar un proceso ejecutivo para hacer efectivas obligaciones derivadas del contrato estatal, que se han hecho exigibles durante su ejecución, siempre que a la fecha de presentación de la demanda el mismo no se haya liquidado.*

412 Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Rad. No 1435, del 6 de agosto de 2003.

*En efecto, la condición prevista por la ley para que proceda el cobro de obligaciones por la vía del proceso ejecutivo, es la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del ejecutado. Si el ejecutante demuestra la existencia de un crédito a su favor con estas características, debe librarse el correspondiente mandamiento de pago.*

*Cuando la parte ejecutante cumple las condiciones previstas en el contrato para que la entidad le pague determinadas sumas de dinero, la obligación se torna exigible y su cumplimiento puede lograrse por la vía del proceso ejecutivo”.*<sup>413</sup>

Ahora bien, en cuanto al ejercicio de la acción ejecutiva derivada específicamente de una obligación contractual, se debe señalar, en primer término, que la misma Ley 80 de 1993 (art. 75), asigna a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de los procesos ejecutivos o de cumplimiento, precepto que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 388 de 1996.

Las reglas aplicadas a la caducidad de esta acción habían sido desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así<sup>414</sup>:

Inicialmente, ante la inexistencia de una disposición legal especial en materia, la jurisdicción contencioso administrativa se remitió, en un principio, a la figura de la prescripción de las acciones judiciales prevista en el Código Civil, para determinar si una demanda ejecutiva se presentaba en tiempo. En específico, se hacía remisión a la disposición del art. 2536 *ibidem*, que establecía como término de prescripción de la acción ejecutiva, diez años a partir de la exigibilidad de la obligación, norma que fue modificada por la Ley 791 de 2002, para reducir entre otros los términos de prescripción de la acción ejecutiva, el cual pasó de 10 a 5 años.

Pero antes de la reforma del Código Civil se expidió la Ley 446 de 1998<sup>415</sup>, cuyo art. 44 modificó el artículo 136 del C. C. A. e introdujo el término de caducidad de la acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales, fijado en 5 años.

Con fundamento en esta disposición y bajo la figura de la analogía consagrada en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, la Sección Tercera del Consejo de Estado interpretó que a pesar de que la Ley 446 de 1998 no señaló el término de caducidad respecto de los procesos ejecutivos contractuales, como el artículo 44 *ibidem* previó el término de 5 años para las acciones ejecutivas derivadas de providencias judiciales, dicha disposición resulta aplicable a los títulos ejecutivos que se derivan de un contrato estatal<sup>416</sup>.

De esta manera, en los casos en que el título ejecutivo hubiese nacido a la vida jurídica antes del 8 de julio de 1998, era procedente el término de prescripción de 10 años previsto en el artículo 2536 del C. C., sin reforma; mientras que para aquellos que se

413 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto del 2001. Exp. No. 16.256.

414 La síntesis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en esta materia se encuentra expuesta por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2008, Rad. No 080012331000200708600.

415 Esta norma entró en vigencia el 8 de julio de 1998.

416 Cfr. Auto del 12 de noviembre de 1998. Rad. No 15.299; criterio reiterado en las providencias del 13 de noviembre de 2003. Rad. No 23.111 y del 11 de octubre de 2006. Rad. No 30.566.

originaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, los procesos ejecutivos contractuales tendrían un término de caducidad de 5 años. En cualquier caso, el término se cuenta a partir del momento en que la obligación sea exigible<sup>417</sup>.

Actualmente, en virtud de lo previsto en el art. 164 del CPACA, es claro que el término para ejercer la acción ejecutiva que se pretende con títulos derivados de un contrato estatal es de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad de las obligaciones en ellos contenidas<sup>418</sup>.

Así las cosas, si a pesar de la extinción del término máximo de liquidación de los contratos estatales, la entidad estatal puede acreditar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a su favor, a través de un título ejecutivo simple o complejo, la misma cuenta con 5 años contados a partir de la fecha de exigibilidad de la respectiva obligación para presentar la acción ejecutiva correspondiente.

De manera adicional, se debe señalar que de conformidad con el art. 98 del CPACA, las entidades públicas están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo de las obligaciones creadas a su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con el mismo Código, sin perjuicio de la posibilidad de acudir ante los jueces competentes. En este orden de ideas, Colciencias deberá analizar cada uno de los contratos y convenios realizados por la Entidad y referidos en la consulta, para determinar si existe un título ejecutivo complejo, en virtud del cual pueda acudirse a una acción ejecutiva o un cobro coactivo, para la restitución de los dineros entregados en virtud de estos negocios jurídicos.

De una revisión de los modelos allegados como soporte de la presente consulta, la Sala advierte los elementos de un posible título ejecutivo complejo, en los contratos de financiamiento denominados “con reembolso contingente”, cuando se incorpora la obligación de reintegro o restitución de los dineros a la entidad. En efecto, el hecho de que en estos contratos se establece expresamente que los mismos prestan mérito ejecutivo, mas la prueba de la entrega efectiva de los recursos al sujeto financiado y la prueba de que la obligación de reintegro se tornó exigible por el cumplimiento del término para la realización de la actividad de ciencia y tecnología sin que esta se haya efectivamente realizado, podría determinar la existencia de un título ejecutivo a favor de Colciencias.

#### **d. Procedencia de negociar la cartera vencida**

Teniendo en cuenta los interrogantes puntuales planteados por Colciencias en su consulta, es preciso entrar a analizar si expirado el término para liquidar unilateral o bilateralmente un convenio o un contrato estatal de ciencia y tecnología como los celebrados por Colciencias, es posible negociar la cartera correspondiente con la CENTRAL DE INVERSIONES CISA. Para ello, se debe tener en consideración lo siguiente:

417 En este sentido Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de la Sección Tercera del 3 de Diciembre de 2008, Rad. No 080012331000200708600. Cit.

418 Art. 164 del CPACA, literal k).

En primer lugar, se debe tener en cuenta que las obligaciones surgidas a favor de la Colciencias en virtud de los contratos de ciencia, tecnología e innovación, deben quedar registradas y reflejadas contablemente al momento de celebración del respectivo convenio o contrato, o en el momento en que estas surgen a la vida jurídica, en cumplimiento y en armonía con las cuentas y subcuentas contenidas en el Catálogo General de Cuentas definido por la Contaduría General de la Nación dentro del Régimen General de Contabilidad Pública.

Por lo tanto, expirado el plazo para la liquidación del contrato, sin que esta se haya realizado y sin que se haya adelantado la acción contractual por incumplimiento, Colciencias, en cumplimiento de los principios que gobiernan las actuaciones administrativas (art. 209 C. P.) en especial el de transparencia, debe reflejar contablemente la imposibilidad de realizar el cobro coercitivo de estas obligaciones a través de la acción contractual. En consecuencia, si bien la entidad podría registrar estos valores como cartera vencida a favor de la entidad, dicho registro deberá reflejar la falta de coercibilidad del pago de estos dineros a través de la acción contractual y su condición de difícil recuperación.

En estos términos, Colciencias podrá negociar la cartera vencida que se derive de la obligación de restitución de los dineros entregados a sus contratistas y cooperantes y que no fueron utilizados para la actividad a la cual fueron destinados, con el deber de información a CISA del estado de la misma y las acciones que proceden o no para su cobro, a efectos de que esta entidad conozca su estado real.

#### **e. Cierre del expediente del contrato estatal**

Conforme a los principios que regulan la Administración Pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, se impone a las entidades estatales, servidores públicos, entes de control y demás personas que participan en estas materias, actuación diligente y conducta clara, transparente, eficiente, que no deje cabos sueltos e incertidumbres sobre las actuaciones administrativas, con la relación final del estado de las mismas, lo cual incluye claramente las actuaciones vinculadas a los contratos estatales.

Por ello, aun cuando no es viable la liquidación extemporánea del contrato estatal, para los efectos internos de las entidades estatales contratantes es posible dejar constancia del cierre y archivo del expediente contractual, lo que a su vez, permitirá que desde el punto de vista financiero y contable se proceda con los trámites pertinentes. A este propósito, el Decreto 1082 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”*, dispone sobre el particular:

“Artículo 2.2.1.1.2.4.3. Obligaciones posteriores a la liquidación. Vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación. (Decreto 1510 de 2013, artículo 37)”.

Una interpretación sistemática y finalista de la norma, permite concluir que el trámite del cierre del expediente del proceso de contratación procede cuando se ha efectuado la liquidación del contrato, a efectos de dejar las constancias sobre el vencimiento de las garantías y la condición de los bienes y obras desde la perspectiva ambiental, y también en los casos en los cuales no se haya efectuado dicha liquidación, a efectos de dejar constancia sobre el punto final de la actuación contractual.

Así se desprende, en primer lugar, de la norma constitucional evocada (art. 209 C. P.), en la cual se establece que las entidades estatales deben ser diligentes en sus actuaciones; y por otra, la disposición legal que indica que las normas que corresponden al procedimiento administrativo, “se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas” (art. 2° CPACA).

De otra parte, la misma normatividad establece que las autoridades administrativas deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos tomando en consideración, además de los principios señalados en la Constitución, los establecidos en leyes especiales y en el CPACA. En este último, se definen, entre otros, los principios de moralidad, responsabilidad, transparencia, publicidad, eficacia, economía y celeridad.

Además, la Ley 80 de 1993 comprende una serie de principios que compelen a las entidades estatales a obrar dentro del camino de la diligencia, tales como los de transparencia, economía, responsabilidad, buena fe, equivalencia entre derechos y obligaciones, entre otros (artículo 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29). No solo eso, también bajo el título de “*normatividad aplicable en las actuaciones administrativas*”, se indica que en las actuaciones contractuales se aplicarán las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, en tanto que sean compatibles con la contratación estatal (artículo 77).

De acuerdo con lo expuesto, las entidades pueden y deben proceder al cierre y archivo del expediente del proceso de contratación, en los términos citados, incluso en aquellos casos en los cuales no se haya efectuado la liquidación del contrato, como un tipo de constancia, que en forma alguna puede constituirse en una liquidación extemporánea del contrato o revivir términos que ya precluyeron, pues cualquier acto en este sentido estaría afectado de nulidad.

En efecto, el archivo del expediente debe entenderse como una actuación interna y de trámite, que no comporta la expedición de un acto administrativo de carácter contractual, en el que se puedan determinar las obligaciones a cargo de cada una de las partes; acto para cuya expedición no existiría competencia de la entidad dada su extemporaneidad.

De manera adicional, en relación con los convenios y contratos de ciencia y tecnología analizados en este concepto, es menester señalar la necesidad de que el archivo de los respectivos expedientes contractuales esté precedido de las actuaciones de cobro

persuasivo de la obligación de restitución de los recursos públicos entregados y no utilizados para estos efectos, así como del ejercicio de las demás acciones con las cuales cuenta la entidad para la protección de los recursos públicos invertidos en estos convenios o contratos.

Solo así se protege el interés general y la utilidad pública ínsitos en estos contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación, los cuales imponen a las entidades estatales y los servidores públicos, en estos casos, una actuación diligente, clara y eficiente, dirigida a proteger los recursos públicos comprometidos en estos contratos y convenios.

Con todo, no puede sostenerse de manera irreflexiva que las entidades estatales deban mantener y dejar pendiente en forma indefinida el cobro de las obligaciones surgidas a su favor o, en general, el cobro de los dineros públicos entregados para el desarrollo de actividades de ciencia y tecnología y que no fueron destinados para estos efectos: cuando se ha realizado todo el mejor esfuerzo para el cobro completo, correcto, diligente y razonable de estos recursos, y se ha determinado la imposibilidad para que estos sean recuperados, la entidad puede y debe adelantar las gestiones necesarias para poner punto final a la actuación.

En este sentido, es menester señalar que el Gobierno nacional expidió recientemente el Decreto 445 de 2017<sup>419</sup>, mediante el cual se establece el mecanismo de depuración de la cartera de imposible recaudo en las entidades públicas del orden nacional. Específicamente, el Decreto regula la expedición de un acto administrativo en el que se declare la ocurrencia de una de las causales de constitución de la cartera de imposible recaudo, según la lista individualizada en el mismo Decreto<sup>420</sup> y con base en un informe detallado de la misma (art. 2.5.6.4).

**f. La procedencia de las acciones encaminadas a proteger los recursos entregados por Colciencias a sus contratistas o cooperantes y que no fueron utilizados para realizar la actividad a la cual fueron destinados**

Conforme a lo expuesto en este concepto, desde el punto de vista funcional, los recursos entregados por Colciencias en ejecución de los convenios y contratos de ciencia y tecnología, mantienen su afectación al patrimonio público, hasta tanto sean utilizados en la actividad a la cual fueron destinados. Por ello, además de las acciones contractuales y ejecutivas con las que cuenta la entidad, Colciencias podría acudir a diversas acciones

<sup>419</sup> Mediante el cual se reglamente el parágrafo 4° del artículo 163 de la Ley 1753 de 2015, en el cual se señala que en los eventos en que la cartera sea de imposible recaudo por la prescripción o caducidad de la acción, por la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que le dio origen o por la inexistencia probada del deudor o su insolvencia demostrada y por tanto no sea posible ejercer los derechos de cobro, o bien porque la relación costo-beneficio al realizar su cobro no resulta eficiente, las entidades públicas ya señaladas, podrán realizar la depuración definitiva de estos saldos contables, realizando un informe detallado de las causales por las cuales se depura y las excluirá de la gestión, para lo cual el Gobierno nacional reglamentará la materia.

<sup>420</sup> "ARTÍCULO 2.5.6.3. *Cadera de imposible recaudo y causales para la depuración de cartera.*-No obstante las gestiones efectuadas para el cobro, se considera que existe cartera de imposible recaudo para efectos del presente Título, la cual podrá ser depurada y castigada siempre que se cumpla alguna de las siguientes causales:

**a. Prescripción.**

**b. Caducidad de la acción.**

c. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo que le dio origen.

d. Inexistencia probada del deudor o su insolvencia demostrada, que impida ejercer o continuar ejerciendo los derechos de cobro.

**e. Cuando la relación costo-beneficio al realizar su cobro no resulta eficiente**". (Resalta la Sala).

que están instituidas para preservar el patrimonio público, en especial, las que se analizan a continuación.

### i) Las acciones de responsabilidad fiscal y penal.

Tanto los servidores públicos como los contratistas particulares pueden incurrir en responsabilidad fiscal o penal por las conductas asumidas en la ejecución de los contratos celebrados con las Entidades del Estado, producto del control de la gestión contractual que ejercen las autoridades competentes en estas materias.

Se trata de dos regímenes de responsabilidad que trascienden la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales y los actos expedidos durante la ejecución del contrato. Por lo tanto, pueden hacerse efectivas incluso con posterioridad a la expiración del término de caducidad de las acciones contractuales, toda vez que son autónomas e independientes.

En efecto, **la responsabilidad fiscal**, de naturaleza administrativa y patrimonial, es el producto del control ejercido por la Contraloría General de la República y por las contralorías territoriales, sobre la gestión fiscal que llevan a cabo la Administración Pública, los particulares o las entidades que manejan fondos o bienes de la Nación o de los entes territoriales, con fundamento en la Ley 610 de 2000, y demás normas concordantes.

En relación puntual con los contratos celebrados por la Administración Pública, este control comprende la verificación del cabal cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, así como del manejo financiero, contable, de gestión y de los resultados del contrato, con fundamento en los cuales se adelantan los procesos de responsabilidad fiscal en caso de encontrarse daños patrimoniales causados al Estado. Por ello, este control comprende entre otros, la revisión de cuentas de los contratos, la cual se traduce en un estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario público, con miras a determinar la economía, eficacia y eficiencia de sus actuaciones.

Es importante mencionar que el control fiscal puede ser iniciado por las Contralorías de oficio o surgir de las solicitudes de las entidades públicas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona y organización ciudadana<sup>421</sup>, no solo contra los servidores públicos, sino además contra **los particulares que manejen o administren recursos públicos**<sup>422</sup>.

En esta segunda categoría se encuadran, entonces, los particulares que cumplen funciones públicas, como las notarías y las cámaras de comercio, así como los contratistas que administran recursos públicos, como ocurre por ejemplo cuando el contratista recibe

421 Art. 6° de la Ley 610 de 2000.

422 Art. 1° y 3° de la Ley 610 de 2000.

anticipos, custodia de peajes o tarifas que pagan los usuarios de la obra o de la concesión, y que deben ser entregados en todo en parte a la entidad<sup>423</sup>.

A juicio de la Sala, la procedencia del control fiscal también se presenta en aquellos casos en los que el contratista recibe *dineros públicos de la entidad estatal de fomento*, a título de financiamiento, de administración de proyectos, de subvención o bajo cualquier otra modalidad convencional, supeditados a una destinación específica que se traduce en el desarrollo de una actividad de interés público.

Para efectos del control fiscal es necesario precisar si las obligaciones pactadas en los convenios o contratos celebrados por Colciencias incorporan obligaciones de medio o de resultado por parte de su contratista colaborador, teniendo en cuenta que los proyectos de investigación en ciencia y tecnología, por su misma naturaleza, no son siempre de resultado. En cuanto a las obligaciones de medio, el control fiscal sobre la obligación del contratista estará dirigido a determinar si los recursos públicos fueron invertidos en las obligaciones pactadas en el contrato, con independencia de un resultado específico.

Bajo esta premisa, es importante observar que la acción de responsabilidad fiscal procede cuando se presenta: i) un **daño patrimonial al Estado**; ii) derivado de la culpa o dolo del servidor público o particular que ejerce la gestión fiscal<sup>424</sup> y, iii) y que exista el nexo de causalidad entre el primero y el segundo. Por daño patrimonial al Estado, la ley que regula el control fiscal en Colombia entiende lo siguiente:

*“(...) la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, **uso indebido** o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, **inequitativa** e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”.*

Por su parte, la consecuencia principal que se deriva del control fiscal es la **obligación de reparar el daño mediante el pago de la suma de dinero cuantificada en el fallo**, a favor del Tesoro Nacional. Una vez en firme el fallo, la suma correspondiente se hará exigible a través de la jurisdicción coactiva de las contralorías.

423 En este sentido Cfr. Dávila Vinueza, L.G. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá, 2016., p. 786., con una visión crítica de la línea seguida en muchas ocasiones en los procesos de responsabilidad fiscal contra los contratistas, en relación con las sumas de dinero recibidas por concepto de contraprestación de los bienes o servicios prestados a la administración, los cuales no encuadran dentro del concepto de manejo de los recursos oficiales, ni del manejo de recursos públicos.

424 La gestión fiscal ha sido definida por el art. 3° de la Ley 610 de 2000 así: “*Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales*”. (Subraya la Sala).

Finalmente, se debe indicar que la Ley 610 de 2000 estatuye expresamente que: **“La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (art. 9 ibídem)”**<sup>425</sup>.

Por lo tanto, Colciencias mantiene la facultad y el deber de promover las acciones de responsabilidad fiscal que procedan en contra de los contratistas o cooperantes que no destinaron los recursos entregados por la Entidad para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología a los cuales fueron destinados, y en contra los servidores públicos que durante la vigencia del contrato y de la acción contractual, pudieran haber omitido, con dolo o culpa, una actuación diligente para obtener el reintegro de los recursos públicos entregados por la entidad.

En cuanto a **la responsabilidad penal** que se puede predicar de los contratistas o cooperantes que no destinan los recursos entregados por Colciencias a la actividad de ciencia y tecnología pactada, pese a la obligación expresa de su reintegro o de tratarse de una actividad de fomento o subvención<sup>426</sup>, corresponderá a la justicia penal determinar los tipos penales en los que podría ser subsumida la conducta del contratista o cooperante –o de su representante legal y funcionarios, en el caso de las personas jurídicas– que recibe los dineros en virtud del contrato o del convenio de ciencia y tecnología, pero no desarrolla la actividad pactada y en su lugar se apropia de los dineros de la entidad, según las situaciones subjetivas y específicas surgidas en cada contrato.

Para los efectos analizados en esta consulta, cabe señalar que de conformidad con lo previsto en el art. 83 del Código Penal, *“la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años, ni excederá de veinte (20)”* salvo lo dispuesto en el inciso siguiente del mismo artículo.

## ii) La acción civil para la reparación del daño derivado de un delito.

En armonía con lo expuesto en el numeral anterior, en lo relativo a la procedencia de promover las acciones penales que permitan perseguir la responsabilidad penal de los contratistas o cooperantes de Colciencias, que recibieron dineros de la entidad y que no lo utilizaron para realizar las actividades de ciencia y tecnología a las cuales fueron destinados contractualmente, la Sala observa la procedencia de que Colciencias adelante las acciones civiles para la indemnización de los perjuicios causados por sus contratistas o cooperantes, con la comisión de los delitos que podrían configurarse por la apropiación indebida de los recursos entregados con una destinación específica y que no fueron utilizados para ese fin.

Sobre la oportunidad para ejercer esta acción, el art. 2358 c.c., establece lo siguiente:

<sup>425</sup> Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2013.

<sup>426</sup> En especial el tipo penal de fraude a subvenciones incorporado en el art. 403-A del Código Penal colombiano, a través de la Ley 1474 de 2011.

**“ARTÍCULO 2358. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN.** *Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.*

*Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto”.*

En armonía con esta disposición, el Código Penal consagra:

**Artículo 98.** *Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”.*

Conforme a las normas transcritas, la acción civil para la reparación de los daños que se derivan de un delito tiene dos términos de prescripción: i) una para aquellos casos en los que el afectado se hace parte civil en el proceso penal y que está sujeta a los resultados de este proceso y ii) la que aplica para los eventos en los que el perjudicado ejerce la acción de manera independiente, casos en los que la ley penal remite a la ley civil, mientras que esta reenvía a la ley penal (art. 2358 C.C.).

En este segundo escenario, se presenta entonces una ambigüedad sobre la verdadera fecha desde la cual debe comenzar a contarse el término de prescripción de la acción civil para indemnización por los daños de conductas punibles, la cual ha sido definida por la más autorizada doctrina, en el sentido de que en estos eventos se debe aplicar el término de prescripción ordinaria previsto en el Código Civil<sup>427</sup>, que actualmente es de 10 años.

### iii) La acción popular instituida para la protección del patrimonio público.

Bajo el presupuesto de la naturaleza de recursos públicos por afectación de los dineros que son entregados por las entidades estatales con una destinación específica de interés público, es procedente su preservación mediante la acción popular, introducida en nuestro ordenamiento para la protección de los derechos e intereses colectivos, entre ellos, la defensa del patrimonio público<sup>428</sup>. La Sección Tercera del Consejo de Estado se

<sup>427</sup> Cfr. Hinestrosa. F. Cit. 872.

<sup>428</sup> Ley 472 de 1998. **Artículo 4º.** *Derechos e Intereses Colectivos.* Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;

ha ocupado del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público para definir su contenido y aplicación en cada caso concreto:

*“Este derecho colectivo es la potestad y expectativa que se radica en cabeza de los asociados, de esperar que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del Estado, estén adecuadamente destinados a la finalidad que se les ha señalado constitucional y legalmente, de tal forma que sean asignados según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico, y con criterios de eficiencia y rectitud. La Corporación, acerca del contenido y alcance del derecho objeto de análisis, en oportunidad previa puntualizó: **“Por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales (...)** El derecho o interés colectivo a su defensa viene a ser, entonces, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que corresponden, **de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo y cuidado, por ende con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, de suerte que el Estado no sea privado de los mismos de manera contraria al ordenamiento jurídico (...)**”<sup>429</sup>.*

*“El derecho colectivo al patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano, de un lado puede hablarse de una **dimensión subjetiva**, la cual le otorga el calificativo de derecho y que conlleva la posibilidad de que cualquier ciudadano pida su protección mediante la acción popular; de otro, **una dimensión objetiva** o de principio que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la constitución y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente<sup>430</sup>. Así las cosas, el derecho colectivo estudiado tiene a su vez dos elementos: 1. La existencia de un patrimonio de propiedad de una persona pública, y; 2. El análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si esta se hace de forma irresponsable o negligente coloca en entredicho el interés colectivo protegido<sup>431</sup>”<sup>432</sup>. (Resalta la Sala).*

De la misma manera se ha afirmado:

**“El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a ‘la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado’<sup>433</sup>. En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien “porque lo hizo (sic) en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó (sic) a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público”<sup>434</sup>.**

f) La defensa del patrimonio cultural de la nación; (...).”

429 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 2002-559, M. P. Rafael Ostau de Lafont Planetá.

430 Cfr. Pimiento Echeverri, Julián Andrés. Les biens d’usage public en droit colombien. Tesis doctoral defendida en la *Université Panthéon – Assas* en el mes de mayo 2011. P. 345.

431 *Ibidem*.

432 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, Exp. AP-540.

433 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. AP - 1594 de 2001.

434 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001. Exp. AP - 163 de 2001. M. P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

*“El concepto de patrimonio público ‘cubija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo’<sup>435</sup>. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por ‘bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población’<sup>436</sup>. (Subraya la Sala).*

En este sentido, existe la posibilidad de imputar, a través de una acción popular, la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, al particular o a la entidad pública que recibe de Colciencias determinados recursos para el desarrollo de una actividad de ciencia y tecnología, y no los utiliza para este fin y tampoco los restituye a la entidad. De conformidad con lo previsto en el art. 9 de la Ley 472 de 1998, *“las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”*.

Por otra parte, se trata de una acción que puede *“promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”* (art. 11 de la Ley 472 de 1998)<sup>437</sup>.

Teniendo en cuenta que la acción popular, como mecanismo de protección del patrimonio público, opera de manera independiente y autónoma de las obligaciones que surgen de los contratos y convenios analizados, es viable y procedente el ejercicio de esta acción por parte de Colciencias, cuando se presenten los presupuestos de hecho necesarios, a efectos de perseguir la restitución de los recursos públicos comprometidos y no utilizados para las actividades de ciencia y tecnología contratadas y que fueron objeto de apropiación por parte del contratista.

Finalmente, para la Sala es importante subrayar que la responsabilidad primaria por el cumplimiento del fin de los contratos y convenios de ciencia y tecnología mencionados le corresponde a Colciencias, con fundamento en su atribución legal para ejercer la dirección y vigilancia de los mismos, en forma adicional a la responsabilidad que se pueda atribuir a los contratistas cuando no ejecutan los recursos para la destinación específica pactada.

Con base en lo anterior,

435 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. Exp. 13601. M. P.: Ligia López Díaz.

436 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Exp. AP 2004-00413. M. P.: Mauricio Fajardo Gómez. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01.

437 Si bien el artículo 11, arriba transcrito, establecía que *cuando la acción popular estuviera dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, este precepto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999.*

## LA SALA RESPONDE

- i) *Puede Colciencias en los contratos o convenios en que ha pasado más de 30 meses desde la finalización del plazo y no se han liquidado, continuar haciendo solicitudes de reintegro y cobros de las sumas de dinero que se evidencia adeudan las entidades como consecuencia de las evaluaciones que hacen los supervisores de Colciencias a la finalización de los proyectos en relación a los contratos de Ciencia, Tecnología e Innovación?*

Sí. Colciencias puede continuar realizando **solicitudes de reintegro y cobro persuasivo** de las sumas que fueron entregadas en la ejecución de los contratos de ciencia y tecnología y que no fueron utilizadas por su contratista o cooperante en el desarrollo de la actividad para la cual fueron destinadas, aún pasados más de 30 meses desde la finalización de los contratos y convenios celebrados por la entidad, sin que estos hayan sido liquidados, en los términos señalados en este concepto.

Por otra parte, de configurarse un título ejecutivo complejo, del cual se pueda deducir una obligación clara, expresa y exigible de su cooperante o contratista de restituir los dineros que no fueron ejecutados en la actividad a la cual fueron destinados, Colciencias deberá adelantar el respectivo proceso ejecutivo para su cobro.

Finalmente, dada la naturaleza de los recursos públicos entregados por Colciencias, la entidad conserva la facultad y el deber de promover la acción de responsabilidad fiscal y las acciones de responsabilidad penal, junto con la acción civil para la reparación de los daños derivados de conductas punibles, y las acciones populares que sean procedentes para garantizar la devolución de los recursos entregados por Colciencias a sus contratistas o cooperantes, y que no fueron utilizados para desarrollar la actividad a la cual fueron destinados, según las consideraciones de este concepto.

- ii) *En el evento de ser positiva la respuesta anterior, ¿puede Colciencias ingresar las sumas adeudadas contablemente como cartera de la entidad y pasado los 180 días realizar negociación con CENTRAL DE INVERSIONES CISA en los términos del numeral 5º del artículo 1º del Decreto 047 de 2014?*

Sí. Una vez expirado el término máximo legal para la liquidación de los contratos y convenios celebrados por Colciencias, la entidad podría registrar como cartera vencida las sumas que le deben ser restituidas por sus contratistas o cooperantes. Sin embargo, dicho registro deberá reflejar la falta de coercibilidad de estos recursos a través de una acción contractual y, por ende, su condición de difícil cobro.

En estos términos, Colciencias podrá negociar la cartera vencida que se derive de la obligación de restitución de los dineros entregados a su contratista o cooperante, y que no fueron utilizados para la actividad a la cual fueron destinados, con el deber de informar a CISA el estado de las mismas y las acciones que proceden o no para su cobro, a efectos de que esta entidad conozca su estado real.

iii) *En el evento de ser positiva la primera respuesta ¿puede Colciencias aceptar y firmar acuerdos de pago con las entidades a las que se les están realizando estas solicitudes de reintegro y cobros persuasivos, después de vencidos los 30 meses para liquidar?*

Sí. Pasados más de 30 meses de la finalización del contrato o convenio celebrado por Colciencias, sin que este se haya liquidado, la entidad puede aceptar y firmar acuerdos de pago, con el único objeto y propósito de que le restituyan los dineros que fueron entregados con una destinación específica y que no fueron utilizados para el efecto. Lo anterior, teniendo en cuenta la afectación que desde el punto de vista funcional mantienen estos recursos al patrimonio público de Colciencias, mientras no sean utilizados para su destinación específica.

iv) *En caso de que Colciencias no pueda efectuar el cobro de las sumas adeudadas cuando se hayan vencido los 30 meses para liquidar, ¿podría Colciencias mediante acto administrativo motivado proceder a archivar los expedientes contractuales, así hayan saldos pendientes de reintegrar?*

Colciencias sí puede realizar el archivo y cierre del expediente contractual, vencido el término señalado en esta pregunta, siempre y cuando, en forma previa, haya desplegado de manera completa, correcta, diligente y razonable todas las actuaciones de cobro de las sumas que deben ser reintegradas a la entidad, de manera que se acredite la imposibilidad de recuperarlas.

La Sala advierte que el archivo del expediente se configura como una simple actuación interna y de trámite de la entidad, que no puede comportar la expedición de un acto administrativo de carácter contractual, ni hacer las veces de una liquidación de las obligaciones contractuales de cada una de las partes, puesto que que estas actuaciones serían extemporáneas. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad fiscal, penal y de las acciones populares procedentes, en los términos expuestos en este concepto.

v) *En el evento de que Colciencias no pueda efectuar el cobro de las sumas adeudas cuando se hayan vencido los 30 meses para liquidar, ¿qué pasaría con las sumas que se han recuperado en los últimos años y que ya ingresaron a las arcas del tesoro? En este interrogante es preciso tener en cuenta que las entidades destinatarias de los cobros tuvieron un debido proceso administrativo en el procedimiento, pudiendo controvertir el informe financiero o acta de liquidación o acta de liquidación y una vez convencidos de su contenido o estando de acuerdo con este procedieron a efectuar los reintegros respectivos.*

Colciencias sí puede realizar el cobro de las sumas que le adeudan sus contratistas o cooperantes, aún pasados más de 30 meses de la finalización del contrato, sin que se haya realizado su liquidación unilateral o bilateral. Lo anterior, en los términos de la respuesta a la primera pregunta de este concepto. Por lo tanto, si el particular o a la entidad pública contratista o cooperante restituyen o reintegran los dineros adeudados a Colciencias, por voluntad propia o como resultado del cobro realizado por la entidad, esta podrá retener lo pagado.

- vi) *En aquellos contratos y convenios firmados desde 1990 y que vencieron hace más de 5 años y que no tienen ninguna gestión de liquidación, ni cobro y frente a los cuales es imposible conseguir información, podría Colciencias tomar la decisión de archivarlos y cerrarlos en el estado en que se encuentren, sin incurrir en detrimento patrimonial? Esta pregunta aplica para contratos que se rigen por el estatuto de contratación y por derecho privado.*

La Sala advierte que el archivo del expediente solo procede cuando la entidad haya desplegado de manera completa, correcta, diligente y razonada todas las actuaciones necesarias para realizar el cobro de las sumas adeudadas a la entidad y haya determinado la imposibilidad de recuperarlas, en las condiciones citadas en la respuesta a la pregunta cuatro.

En forma adicional, la entidad deberá verificar si transcurrido más de 5 años de la finalización de los contratos y convenios celebrados por Colciencias, expiró el término de liquidación del contrato, el de caducidad de la acción de controversias contractuales; el de caducidad de la acción ejecutiva –si esta hubiese sido procedente– e incluso el término de prescripción de la acción de responsabilidad fiscal y las acciones penales que podrían recaer sobre el sujeto particular o el representante legal de la entidad contratista o cooperante de Colciencias. Por otra parte, la constancia de archivo del expediente no excluye el análisis y la responsabilidad por el detrimento patrimonial causado a la Entidad por los funcionarios que en su momento debieron realizar la gestión de supervisión y liquidación de estos contratos y no lo hicieron.

- vii) *¿Puede decirse con base en el artículo 33 de la Ley 1286 de 2009 que Colciencias tiene un régimen especial de contratación para la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación?*

De conformidad con el análisis realizado en este concepto, la Sala encuentra que el art. 33 de la Ley 1286 de 2009 se limitó a confirmar el régimen jurídico que ya gobernaba los contratos o convenios de ciencia y tecnología para la fecha de su expedición, el cual se sintetiza de la siguiente manera:

- i) **Para los convenios especiales de cooperación, los contratos de financiamiento y los contratos de administración de proyectos:** las normas especiales de los contratos y convenios de ciencia y tecnología contenidas en los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991; el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas reglamentarias y, subsidiariamente, las normas de derecho privado.
- ii) Finalmente, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1286 de 2009, **los convenios especiales de cooperación y los contratos de financiamiento o administración de proyectos celebrados con los recursos del Fondo Francisco José de Caldas,** están regidos por las normas del derecho privado, subsidiariamente con las de ciencia y tecnología y, además, por los principios de la función administrativa y de

la gestión fiscal previstas en los artículos 209 y 267 de la C. P., y por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que rigen para los contratos estatales.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias - y a la Secretaria 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. 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**

Fecha: 28/09/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 5 de abril de 2017

El Ministro de Transporte formula a la Sala una consulta acerca de la vigencia de “*la modalidad*”, que en realidad, son dos modalidades especiales de selección de contratistas establecidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con la finalidad de garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria del país, en virtud de la autorización para establecerlas que le otorgó el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, sobre contratación estatal, al cual le extendió su aplicación el artículo 54 de la Ley 105 del mismo año.

Indaga sobre dicha vigencia en razón de la forma de derogación que hizo del citado artículo 38, el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 sobre las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)<sup>438</sup>.

## **I. Antecedentes**

El Ministro de Transporte expone los siguientes antecedentes y consideraciones sobre el asunto, que se complementan con las normas citadas:

### **A. Antecedentes normativos**

#### **1. Del régimen especial de contratación en el servicio de telecomunicaciones**

El artículo 54 de la Ley 105 de 1993, “*Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones*”, dispone que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil tiene el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que prestan el servicio de Telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993. Agrega el citado artículo 54 que el régimen especial de contratación se aplica a los siguientes contratos que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil requiera celebrar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria:

<sup>438</sup> El artículo 6° de la Ley 1341 de 2009 define las TIC en los siguientes términos:

**“Artículo 6°. Definición de TIC.** Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC), son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones junto con la CRC (Comisión de Regulación de Comunicaciones), deberán expedir el glosario de definiciones acordados con los postulados de la UIT y otros organismos internacionales con los cuales sea Colombia firmante de protocolos referidos a estas materias”.

- a. Obras civiles.
- b. Adquisiciones.
- c. Suministros.
- d. Otros contratos que tengan como fin la garantía de la seguridad aérea y aeroportuaria.

Ahora bien, el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, no estarán sujetas a los procedimientos de selección previstos en dicha ley, cuando se trate de celebrar los siguientes contratos:

- a. Adquisición y suministro de equipos.
- b. Construcción, instalación y mantenimiento de redes.
- c. Construcción y mantenimiento de los sitios en donde se ubiquen las redes.

En consecuencia, señala la entidad consultante, el aludido régimen especial de contratación comprende las siguientes clases de contratos, destinados a la seguridad aérea y aeroportuaria:

- a. Adquisición y suministro de equipos de telecomunicaciones.
- b. Construcción, instalación y mantenimiento de redes de telecomunicaciones.
- c. Obras civiles para la construcción y mantenimiento de los sitios en donde se ubiquen las redes de telecomunicaciones para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.
- d. Los demás contratos que se requieran para dicha finalidad.

## **2. De la normatividad interna en la Aeronáutica Civil sobre la modalidad de selección por seguridad aérea y aeroportuaria**

Con base en el marco legal de referencia dado por las Leyes 80 y 105 de 1993, la Aeronáutica Civil expidió la Resolución No. 4978 de 2001, *“Por la cual se establece el procedimiento al cual debe sujetarse la entidad para la celebración de contrataciones que se requieran para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria del país”*, mediante la cual estableció estas dos modalidades de selección del contratista, según la cuantía del contrato:

- a. Solicitud directa de ofertas.
- b. Solicitud pública de ofertas.

Las dos modalidades establecen unas etapas simplificadas que buscan además realizar una fase de negociación por parte de la Aeronáutica en sus actividades y servicios.

Adicionalmente, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil adoptó su Manual de Contratación, mediante la Resolución No. 3553 de 2013, en el que se advierte que el régimen especial de contratación antes señalado, se aplica de manera excepcional y se encuentra “*instituido como un mecanismo preferente para salvaguardar la seguridad aérea y aeroportuaria siempre que se presenten hechos o circunstancias que puedan comportar algún tipo de riesgo para la misma*”. El Manual dispone que son aplicables en el procedimiento de contratación, los principios de publicidad, selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad.

### 3. De la vigencia del artículo 38 de la Ley 80 de 1993, según la Aeronáutica Civil

Conforme se expresó, el artículo 54 de la Ley 105 de 1993 permite que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil acuda al régimen de contratación previsto en el artículo 38 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, la Ley 1341 de 2009<sup>439</sup>, “*Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*”, derogó el citado artículo 38 de una forma especial que da origen a la consulta. Dice así el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009:

**“Artículo 73. Vigencia y derogatorias.** *La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, con excepción de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1º, los cuales empezarán a regir a partir de los seis meses siguientes a su promulgación y regula de manera integral el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

*Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, **quedan derogadas** todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, **lo pertinente** de los artículos 33, 34, 35 y **38 de la Ley 80 de 1993**, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6º de la Ley 781 de 2002, **todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.***

*A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículos 4º sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las*

439 Si bien en la consulta se alude en varios apartes a la Ley 1371 de 2009, relativa al pago del pasivo pensional de las universidades estatales, es evidente que se trata de un pequeño error, pues la consulta se refiere claramente a la Ley 1341 de 2009 sobre las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo (sic) 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público. En caso de conflicto con otras leyes, prevalecerá esta.

*Las excepciones y derogatorias sobre esta ley por normas posteriores, deberán identificar expresamente la excepción, modificación o la derogatoria”* (Negrillas y subrayado de la consulta).

La consulta plantea la duda sobre la derogatoria, de este modo:

*“Nótese que la norma hace referencia a que el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 queda derogado, razón por la cual surge la duda consistente en si la modalidad de selección de contratistas para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria que utiliza la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil que se encuentra amparada en esa disposición legal, se encuentra vigente o no”.*

## **B. Consideraciones de la Aeronáutica Civil**

El consultante presenta la interpretación de la Aeronáutica Civil en torno a la mencionada derogatoria, en los siguientes términos:

*“Para la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, se evidencia que la derogatoria no es absoluta y, por el contrario es específica, parcial y condicionada. En efecto, la disposición señala que el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 se encuentra derogado exclusivamente en cuanto haga referencia a los servicios, redes, actividades y proveedores y cuando resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la Ley 1341 de 2009. En este orden de ideas, se derivan dos situaciones a estudiar para determinar la vigencia del artículo 38 de la Ley 80 de 1993, a saber:*

- a) *Referencia a conceptos propios del sector telecomunicaciones: En criterio de esta Unidad, las disposiciones del artículo 38 de la Ley 80 de 1993 deben ser interpretadas en armonía con los conceptos que sobre servicios, redes, actividades y proveedores trae la Ley 1341 de 2009 y, por lo tanto, los regímenes especiales de contratación administrativa en este sector, deben atender y ajustarse a dichos criterios.*
- b. *Disposiciones contrarias a normas y principios de la Ley 1341 de 2009: Revisado el contenido de la Ley 1341 de 2009, se evidencia que la misma no regula de manera específica la materia relacionada con la contratación de entidades estatales del sector telecomunicaciones, por lo que, en opinión de la Aeronáutica Civil, tal aspecto no debe entenderse que riña con las normas y principios de la citada ley.*

*Por lo anterior, la Unidad considera que el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 no se encuentra derogado de manera absoluta por la Ley 1341 de 2009, en lo que atañe al régimen especial*

de contratación, sino por el contrario, debe ser interpretado en armonía con esta última disposición.

En efecto, al consultarse el texto del artículo 38 de la Ley 80 de 1993 en la página del Senado de la República, se encuentra que en las notas de vigencia se señala: “Artículo derogado en lo pertinente ‘...exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley’ por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, (...)”; lo cual implica que la derogatoria está condicionada a la interpretación del referido artículo 38”.

Con base en lo expuesto, el Ministro de Transporte formula las siguientes preguntas:

1. ¿Es procedente acudir a la modalidad excepcional de selección de contratistas adoptada por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria, con fundamento en la Ley 105 de 1993, que realiza remisión normativa al artículo 38 de la Ley 80 de 1993, pese a que dicho artículo fue derogado condicionadamente en los términos previstos en el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009?
2. ¿Cuál sería el alcance y la interpretación que debe darse al contenido del inciso segundo del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, que dispone:

‘(...) Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, **quedan derogadas** todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, **lo pertinente** de los artículos 33, 34, 35 y **38 de la Ley 80 de 1993**, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6º de la Ley 781 de 2002, **todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.**’ (Negritas fuera de texto)”.

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

### A. La derogación de las normas jurídicas

El tema de la consulta se refiere al fenómeno del cambio de las leyes en el tiempo y, en especial, al de la derogación de normas legales por leyes posteriores, que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos administrativos y judiciales.

La Corte Constitucional, por ejemplo, ha indicado que la derogatoria puede ser de tres formas: expresa, tácita u orgánica. Las dos primeras se encuentran reguladas por los artículos 71 y 72 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

“**Artículo 71.** 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”.

**“Artículo 72.- 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”.** (Resalta la Sala).

Los apartes en negrillas del artículo 71 y todo el artículo 72 fueron demandados ante la Corte Constitucional. Esta declaró su exequibilidad mediante la Sentencia C-159 del 24 de febrero de 2004, en la cual expresó:

*“El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define derogar como ‘abolir, anular una cosa establecida como ley o costumbre’. Según el derecho romano, la derogación viene del latín derogare, que supone la revocación parcial de la ley, a diferencia de la abrogación que significa la supresión completa de una ley. En nuestro sistema el sustantivo derogación, es el único que define a todas las formas enunciadas de modificación o supresión de una ley. Así, de conformidad con los artículos 71 y 72 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la ley dice expresamente que deroga la antigua. Y tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador.*

*Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial.*

*La ley 153 de 1887 en su artículo 3º establece otra forma de derogación y es la derogación orgánica. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que:*

*‘La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, solo se da es verdad cuando la nueva ley ‘regule íntegramente la materia’ que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre estas y las de la ley anterior.*

*Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad estos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente*

*reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece”.*

Sobre las tres clases de derogación, se pronunció también la Corte Constitucional en la Sentencia C-634 del 21 de noviembre de 1996, así:

*“(…) La derogatoria puede ser expresa, tácita o por reglamentación integral (orgánica) de la materia, sucediendo la primera cuando la nueva ley suprime formal y específicamente la anterior; la segunda, cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la antigua, y la tercera, cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de estas y las de la ley nueva”.*

Respecto del tema objeto de la consulta, se observa que se refiere a una derogación expresa de una norma, el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, al cual remitió el artículo 54 de la Ley 105 de 1993 para extender su aplicación a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, derogación ordenada por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 sobre las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), entre otros eventos, cuando resulte contraria a las normas contenidas en esta ley.

La consulta plantea si se puede acudir al régimen especial de selección de contratistas para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria, establecido por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en desarrollo de la autorización dada por el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, frente a la derogación de esa norma que hace el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, y cuál es el alcance y la interpretación de dicha derogación, para lo cual se deben analizar estas normas y las concordantes.

### **B. El artículo 38 de la Ley 80 de 1993 sobre contratación estatal y la remisión al mismo hecha por el artículo 54 de la Ley 105 de 1993 sobre transporte**

El artículo 38 de la Ley 80 de 1993, *“por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, establecía lo siguiente:

**“Artículo 38. Del régimen especial para las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones.** *Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley.*

*Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración.*

*Los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley”.*

Como se advierte, esta norma dispone, en esencia, que las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, no están sujetas a los procedimientos de selección de contratistas establecidos en la Ley 80 de 1993, en relación con los contratos de adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen.

Respecto de tales contratos, dichas entidades deben adoptar en sus estatutos internos los procedimientos y las cuantías para su celebración, las cláusulas excepcionales que se pueden incluir y la observancia de los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad.

Ahora bien, el artículo 54 de la Ley 105 del mismo año, 1993, *“Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”*, ordenó extender lo dispuesto en el citado artículo 38 de la Ley 80 de 1993 a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Dijo lo siguiente:

**“Artículo 54. Contratación administrativa.** *La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de Telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993.*

*Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria. Los gastos de funcionamiento e inversión de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se ejecutarán indistintamente con los recursos propios y los aportes del presupuesto nacional”<sup>440</sup>.*

Esta remisión a la Ley 80 de 1993, que se refería claramente al artículo 38 de esta, significaba que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en los contratos que celebrara para la adquisición y suministro de equipos de telecomunicaciones, obras civiles, construcción, instalación y mantenimiento de redes de telecomunicaciones y de los sitios donde se ubiquen, y los demás contratos que requiriera realizar, **todos para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria del país**, no estaría sujeta a los procedimientos de selección previstos en dicha ley, sino que en sus estatutos internos debía adoptar los procedimientos de selección y las cuantías a los cuales se sometía

440 El texto de esta norma corresponde al artículo 51 del Proyecto de ley No. 100 de 1992 Cámara, No. 07 de 1993 Senado, aprobado en Primer Debate el 24 de noviembre de 1993 por la Comisión Sexta del Senado (*Gaceta del Congreso* 426, 1º de diciembre de 1993, página 7). En la Ponencia para Segundo Debate en el Senado, se expresó la justificación de esta norma en los siguientes términos:

*“Para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria, la entidad (se refiere a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil) debe contar con un mecanismo ágil y oportuno para atender las necesidades del sector. Por tal razón, se plantea para la Aeronáutica Civil, el mismo régimen de contratación establecido en la Ley 80 de 1993 para las entidades estatales que presten el servicio de Telecomunicaciones. Los contratos que no vayan dirigidos a satisfacer las necesidades de seguridad, se celebrarán de acuerdo con el régimen general señalado por el Estatuto de Contratación”* (*Gaceta del Congreso* 426, 1º de diciembre de 1993, página 2).

para la celebración de tales contratos, así como las cláusulas excepcionales que se podían incluir en los mismos y la incorporación de los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la Ley 80.

En desarrollo de la mencionada remisión, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil estableció los procedimientos o modalidades especiales de selección de contratistas para la celebración de los contratos nombrados, mediante la Resolución No. 4978 de 2001.

### **C. El régimen especial de selección de contratistas en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria**

El Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las conferidas por el artículo 8° del Decreto 2724 de 1993<sup>441</sup> y los citados artículos 54 de la Ley 105 de 1993 y 38 de la Ley 80 del mismo año, expidió la Resolución No. 4978 de 2001, “*Por la cual se establece el procedimiento al cual debe sujetarse la entidad para la celebración de contrataciones **que se requieran para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria del país***” (Destaca la Sala), cuyo artículo 1° determinó los elementos, equipos y obras que configuran su amplio campo de aplicación:

**“Artículo 1. Campo de aplicación:** *Las disposiciones de la presente Resolución se aplicarán, al procedimiento de selección de contratistas, para atender las necesidades en materia de funcionamiento de sistemas de comunicaciones, radio ayudas, sistemas eléctricos, de radar, equipos de seguridad aeroportuaria, equipos complementarios para la seguridad aérea y aeroportuaria y mantenimiento de equipos, construcción, y mantenimiento de los sitios donde se ubiquen radioayudas, relacionados todos ellos con la seguridad aérea y aeroportuaria, de sistemas de inspección de pasajeros y equipajes, sistemas de identificación para el control de áreas restringidas, sistemas de supervisión, sistemas de entrenamiento, sistemas de control de accesos, sistemas de comunicaciones e informática. Equipos de rayos X, detectores de metales y de explosivos. Redes de comunicación, vehículos. Mantenimiento correctivo y preventivo de los sistemas y equipos. Repuestos e insumos para el mantenimiento de todos los sistemas y equipos, elementos, accesorios, y herramientas para los mantenimientos de los diferentes sistemas y equipos. Servicios de vigilancia. Obras de infraestructura: Cerramientos, construcción o adecuación de áreas para instalación de equipos, mantenimiento, rehabilitación y mejoramientos de las construcciones aeroportuarias existentes.*

**Parágrafo uno:** *Para efectos de este Artículo se entiende por seguridad Aérea la combinación de medidas y recursos humanos y materiales destinados a salvaguardar la Aviación civil de accidentes e incidentes de aviación, generando una actitud preventiva de tales sucesos, principalmente a través del control e inspección a la aeronavegabilidad*

<sup>441</sup> Decreto 2724 del 31 de diciembre de 1993, “Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y se determinan sus funciones”.

y mantenimiento de las aeronaves y a su operación; a la infraestructura aeroportuaria de equipos y ayudas a navegación aérea, así como también a la aptitud del personal involucrado y mediante la prestación de servicios de protección y apoyo al vuelo.

**Parágrafo dos:** *Por seguridad Aeroportuaria, se entienden la combinación de medidas y recursos humanos y materiales destinados a salvaguardar la aviación civil contra los actos de interferencia ilícita, generando una actitud preventiva de los mismos, principalmente a través de la vigilancia, inspección y control de las áreas aeroportuarias y sobre las personas o cosas embarcadas.*

**Parágrafo tres:** *En los aspectos no previstos en esta resolución, el régimen de contratos a que alude el Art. 38 de la Ley 80/93, será el general previsto por esta ley, para los contratos de las Entidades Estatales”.*

El artículo 2º de la mencionada resolución de la Aerocivil establece la conformación de un listado de proponentes en esta entidad y dispone que antes de iniciar cualquiera de los dos procedimientos o modalidades de selección, el área responsable deberá adelantar los estudios técnicos, obtener el certificado de disponibilidad presupuestal y elaborar los términos de referencia.

Los dos procedimientos o modalidades especiales de selección de los contratistas de la Unidad se encuentran regulados esencialmente por los artículos 3º a 6º de la resolución en la siguiente forma:

**“Artículo 3º. Modalidades de selección:** *Las modalidades de selección de contratistas en los contratos de que trata el Artículo 1º del presente acto administrativo son la solicitud directa y la solicitud pública de ofertas.*

**Artículo 4º. Trámite según la cuantía:** *Para efectos de determinar la modalidad de selección se tendrá en cuenta el presupuesto oficial o estimativo de costos elaborado por la entidad, independientemente del valor de las ofertas que se presenten.*

- a) *Cuando el valor del presupuesto oficial del objeto a contratar fuere de 01 hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, podrá contratarse mediante solicitud directa de ofertas.*
- b) *Cuando el valor del presupuesto oficial del objeto a contratar fuere igual o superior a 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, requerirá solicitud pública de ofertas.*

**Artículo 5º. Solicitud directa de ofertas:** *Es el sistema por el cual se invita a presentar ofertas a uno o varios proponentes con capacidad de celebrar y ejecutar el contrato y procede en los casos en los cuales no se establezca la solicitud pública de ofertas, de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) *Cuando se trate de contratos cuya cuantía sea igual o inferior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se requiere como mínimo de una invitación que cumpla con los requisitos exigidos por la entidad.*
- b) *Cuando la cuantía del contrato esté comprendida entre 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y menos de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se requiere de mínimo tres (3) invitaciones y la presentación mínima, de una de ellas que cumpla con los requisitos exigidos para la contratación, bastará para adjudicar el contrato.*

*En las invitaciones podrá establecerse la etapa de negociación, a que se refieren los artículos 6º y 7º de esta resolución.*

**Artículo 6º. Solicitud pública de ofertas:** *Es el procedimiento por el cual mediante invitación pública se solicitan ofertas a un número indeterminado de proponentes. Cuando la Aerocivil formule invitación pública de ofertas, se adelantará el siguiente trámite:*

- 1.- *Información al público acerca del objeto y demás condiciones de la invitación, a través de la página web y la publicación de un (1) aviso de prensa en un periódico de amplia circulación nacional.*
- 2.- *Presentación del estudio de las ofertas, y traslado a los oferentes de las evaluaciones para sus observaciones.*
- 3.- *Respuesta a las observaciones y preselección de aquellas que cumplan con el objeto de la contratación.*
- 4.- *Etapa de negociación, en las condiciones previstas en los términos de referencia.*
- 5.- *Selección y adjudicación de la propuesta más favorable a la entidad.*
- 6.- *Notificación y celebración del contrato con el proponente seleccionado”.*

Los artículos 7º a 10 de la Resolución 4978 determinan aspectos complementarios de la etapa precontractual, como la negociación, la selección de la propuesta, la celebración del contrato y las causales de no adjudicación, respectivamente. Según el artículo 11, esta resolución rige desde su expedición, el 14 de diciembre de 2001.

Ahora bien, los dos procedimientos o modalidades especiales de selección de contratistas para asuntos de seguridad aérea y aeroportuaria se mantienen en el Manual de Contratación de la entidad. En efecto, el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, expidió la Resolución No. 3553 del 17 de julio de 2013, “*Por la cual se adopta el nuevo Manual de Contratación*”, la cual trae el Capítulo IV titulado “*Contratación para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria*”, compuesto por los artículos 4.1 y 4.2 que establecen lo siguiente:

**“4.1 Procedimiento para la celebración de contrataciones que se requieran para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria del país.** La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en desarrollo de lo previsto en el artículo 54 de la Ley 105 de 1993, tiene el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de telecomunicaciones y, que se encuentra previsto en el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, siempre que no sea contrario a lo previsto en la Ley 1341 de 2009. Este régimen especial de contratación que se encuentra reglado internamente por la Resolución 4978 del 14 de diciembre de 2001, es aplicable a obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requieran para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria; su aplicación es excepcional y, está instituido en la ley como un mecanismo preferente para salvaguardar la seguridad aérea y aeroportuaria, siempre que se presenten hechos o circunstancias que puedan comportar algún tipo de riesgo para la misma.

**4.2 Principios aplicables a la contratación por seguridad.** Los procedimientos de selección contractual que adelante la Unidad bajo el ‘Régimen de Contratación por Seguridad’, que se encuentra descrito en la Resolución 4978 del 14 de diciembre de 2001 o disposición que la modifique, deberán adelantarse con arreglo a los principios de publicidad, selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. No habrá procedimientos privados de contratación”.

En síntesis, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil tiene establecido el régimen de sus procedimientos especiales de selección de contratistas en relación con los contratos destinados a garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria del país, y se plantea ahora con la consulta la inquietud de saber si se encuentra vigente frente a la derogación condicionada del artículo 38 de la Ley 80 de 1993 hecha por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009.

#### **D. La derogación del artículo 38 de la Ley 80 de 1993 por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009**

Como se mencionó, el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, Estatuto general de contratación de la Administración Pública, estableció un régimen especial de contratación para las entidades estatales que tuvieran por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones. Dispuso lo siguiente:

**“Artículo 38. Del régimen especial para las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones.** Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley.

Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración.

*Los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley”.*

Esta norma, conforme se indicó, se hizo extensiva por el artículo 54 de la Ley 105 de 1993, a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para los contratos destinados a garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria. Ahora bien, se observa que la Ley 1341 de 2009 referente a la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), estableció en el artículo 55 lo siguiente:

**“Artículo 55. Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones.** *Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado”* (Resalta la Sala).

Como se advierte, esta norma varía el régimen de contratación, pues establece que los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones, independiente de su naturaleza de participación mayoritaria pública o privada, se regirán por las normas del derecho privado y en consecuencia, los actos y contratos de las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones ya no serán las del régimen especial que ellas hayan adoptado en virtud del artículo 38 de la Ley 80 de 1993, y en su defecto, el general del Estatuto, sino que deberán aplicar las normas del derecho privado. La consulta se refiere a la derogación hecha por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, el cual establece lo siguiente en la parte pertinente:

**“Artículo 73. Vigencia y derogatorias.** *La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, con excepción de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1º, los cuales empezarán a regir a partir de los seis meses siguientes a su promulgación y regula de manera integral el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

*Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, **quedan derogadas** todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, **lo pertinente** de los artículos 33, 34, 35 y **38 de la Ley 80 de 1993**, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6º de la Ley 781 de 2002, **todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.** (...)”* (Resalta la Sala).

Como se aprecia, esta norma deroga de manera expresa, el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, el cual resulta contrario a lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, conforme quedó explicado.

Ahora bien, el artículo 54 de la Ley 105 de 1993 extendió la aplicación del artículo 38 de la Ley 80 de 1993 a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de manera que al haber quedado derogado este último artículo, se deduce que la remisión normativa carece de contenido y por consiguiente, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil ha dejado de tener su régimen especial de contratación en los eventos previstos en la ley anterior, y como entidad especializada, adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, como la califica el artículo 1º del Decreto 260 de 2004, es decir, como entidad estatal que es, debe someterse al Estatuto General de contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993 y sus normas concordantes y complementarias.

Podría argüirse que otra interpretación atendería a sostener la aplicación del régimen de contratación establecido por el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, es decir, el régimen de derecho privado. Sin embargo, la Sala no comparte esta eventual interpretación porque la norma del artículo 54 de la Ley 105 de 1993 remite a los proveedores estatales de servicios y actividades de telecomunicaciones contemplados en el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, y por lo tanto, la remisión que hizo dicho artículo 54 no alude al régimen de los proveedores de servicios de telecomunicaciones en general sino al de aquellos a los que se refiere de manera precisa el citado artículo 38, ahora derogado.

La razón justificativa de dicho artículo 38 era permitir a los proveedores de servicios de telecomunicaciones con participación pública mayoritaria que pudieran tener mayor flexibilidad en el régimen de contratación para garantizar su existencia en esos servicios sometidos al mercado de la competencia. Esta apreciación no parece ser aplicable en el caso de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

En síntesis, se concluye que el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 quedó derogado por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 y en consecuencia, en el caso de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para su régimen de contratos debe aplicar el régimen general de contratación para las entidades estatales establecido en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias.

Con base en lo anterior,

### **LA SALA RESPONDE**

*“1. ¿Es procedente acudir a la modalidad excepcional de selección de contratistas adoptada por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria, con fundamento en la Ley 105 de 1993, que realiza remisión normativa al artículo 38 de la Ley 80 de 1993, pese a que dicho artículo fue derogado condicionadamente en los términos previstos en el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009?”*

No es procedente acudir al régimen de los dos procedimientos o modalidades especiales de selección de contratistas para celebrar contratos destinados a garantizar la seguridad

aérea o aeroportuaria, adoptado mediante la Resolución No. 4978 de 2001 por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con fundamento en el artículo 54 de la Ley 105 de 1993 que remite al artículo 38 de la Ley 80 de 1993, por cuanto esta última norma fue derogada por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, en los términos señalados en las consideraciones expuestas.

“2. *¿Cuál sería el alcance y la interpretación que debe darse al contenido del inciso segundo del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, que dispone:*

*‘(...) Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, **quedan derogadas** todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, **lo pertinente** de los artículos 33, 34, 35 y **38 de la Ley 80 de 1993**, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6º de la Ley 781 de 2002, **todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.**’ (Negritas fuera de texto)”.*

El alcance y la interpretación de la derogación de las normas enumeradas por el inciso segundo del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, es que tal derogación se presentó en cuanto se refiere al régimen de contratación previsto en el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, para las entidades estatales proveedoras de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), en cuanto resulta contrario para el tema específico con la norma prevista en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009.

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

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

**6. 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**

Fecha: 30/05/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 12 de diciembre de 2017

El Ministro del Interior formula a la Sala una consulta acerca de *“la viabilidad jurídica de realizar convenios de asociación y contratos de apoyo e impulso de actividades de interés social”*, con base en lo preceptuado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para los primeros, y el Decreto 777 de 1992 para los segundos.

### **I. Antecedentes**

El Ministro del Interior expone los siguientes antecedentes y consideraciones sobre el asunto:

#### **A. Antecedentes normativos**

##### **1. Antecedentes constitucionales**

En primer lugar, el Ministro cita varias normas de la Constitución Política, como son los artículos 2º, sobre los fines esenciales del Estado, 127 referente a la prohibición a los servidores públicos de celebrar contratos con entidades públicas, salvo las excepciones legales, y 209 relativo a la función administrativa del Estado, la cual debe estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con sujeción a determinados principios, como los de igualdad, moralidad y eficacia, mediante los sistemas administrativos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Cita igualmente, el artículo 355 de la Carta que eliminó los llamados *“auxilios parlamentarios”* y las donaciones de cualquier entidad pública en favor de personas naturales o jurídicas privadas, pero no descartó la acción benéfica del Estado, ya que estableció una modalidad especial de contratación estatal con entidades privadas sin ánimo de lucro, para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, la cual debía ser reglamentada directamente por el Gobierno nacional, no por el Congreso.

##### **2. Antecedentes legales y reglamentarios**

El consultante indica a continuación, que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 ha previsto la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con personas jurídicas particulares, el cual cita, y

menciona que el Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 del mismo año, estableció los parámetros para que las autoridades administrativas celebraran con entidades privadas sin ánimo de lucro, el tipo de contrato establecido en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, y cita igualmente, el artículo 1° del Decreto 777 que lo regula y el 2° que excluye determinados contratos de ese régimen. Luego de transcribir las normas mencionadas, el Ministerio presenta sus consideraciones que son las que dan origen a las preguntas de la consulta.

## B. Consideraciones del Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior hace las siguientes consideraciones sobre el tema de la consulta:

*“En relación con los convenios de asociación y los contratos de apoyo, existen dos normas especiales y una general para las tipologías; como norma general tenemos lo consagrado dentro del artículo 355 de la Constitución Política, y como normas especiales la Ley 489 de 1998 para los convenios de asociación, y el Decreto 777 de 1992 para los contratos de apoyo.*

*Los artículos 1° y 2° del Decreto 777 de 1992 se refieren a los ‘contratos de apoyo’, los cuales consisten básicamente en el fomento de una actividad propia ‘desarrollada de manera previa’ por una entidad sin ánimo de lucro, la cual se encuentra en concordancia con un programa previsto en el plan de desarrollo de la entidad estatal contratante, por lo que se infiere que es debido a ello que no puede configurarse una contraprestación o beneficio directo en favor de la entidad estatal, así como tampoco puede dar precisas instrucciones sobre la ejecución del mismo, dado que, como se dijo, lo que se pretende es apelar a la solidaridad o beneficencia, a fin de impulsar o fomentar una actividad de una entidad sin ánimo de lucro.*

*Por el contrario, del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se deduce que los ‘convenios de asociación’ se caracterizan, no por la búsqueda de fomentar una actividad propia de una entidad sin ánimo de lucro, ya que no existe transferencia de recursos públicos, porque se entiende que no se busca llevar a cabo tal impulso, sino que la entidad estatal busca un socio estratégico, vale decir, el particular que se une o asocia al Estado, aportando igualmente recursos económicos, de personal, conocimientos, etc., para, de esa forma, arribar a la obtención de los fines y funciones del ente estatal y no las suyas.*

*Igualmente, de la normatividad precitada se concluye que el Gobierno, a través del Decreto 777 del 16 de mayo de 1992, reglamentó la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, mientras que el Congreso de la República creó una modalidad especial de contratación, a través de la Ley 489 de 1998 en su artículo 96.*

*Además de lo anterior, es evidente que existe una diferenciación normativa y de tipología, ya que en los ‘contratos de apoyo’ solo hay transferencia de una sola vía, es decir, por parte del Estado hacia la entidad sin ánimo de lucro; por el contrario, en los ‘convenios de asociación’ debe hablarse, más que de transferencias, de aportes; clara diferencia que*

de una lectura atenta de ambas normativas puede derivarse. Aspecto que abiertamente desconoce el precedente sentado por la Procuraduría General de la Nación<sup>442</sup>, veamos:

*‘En efecto, los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 podrán celebrarse entre entidades públicas y personas jurídicas para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley; mientras que los contratos del artículo 355 de la Constitución Política podrán celebrarse entre entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo.*

*Los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 **benefician a la entidad pública**, pues se trata de desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de aquella, sin embargo, ese beneficio no es el resultado de una contraprestación directa que recibe la entidad pública a cambio de unos recursos que transfiere a la persona jurídica particular, sino de la unión verdadera de esfuerzos entre las partes contratantes para adelantar un proyecto de interés público (...)’ (Resaltado fuera del texto).*

*Con base en lo anterior, existen diversas interpretaciones respecto a las normas citadas, utilizadas, en ocasiones, indistintamente, por las diferentes entidades estatales y territoriales, en especial las del Distrito Capital, como las alcaldías locales, que las aplican para desarrollar contratos y convenios estatales que han servido para apoyar las actividades de interés social de cada una de las comunidades que se benefician directa o indirectamente de ellos; es por ello que hoy surge la necesidad de esclarecer de manera directa estas tipologías contractuales, para que las entidades estatales adelanten de manera precisa los trámites contractuales y presupuestales”.*

Con base en lo expuesto, el Ministro del Interior formula las siguientes preguntas:

1. *A sabiendas de que ambas figuras tienen el mismo postulado general del artículo 355 de la Constitución Política, ¿Existe diferencia legal y contractual entre los convenios de asociación (artículo 96 de la Ley 489 de 1998) y los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social (Decreto 777 de 1992)?*
2. *¿El Decreto 777 de 1992 guarda relación con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998? En caso afirmativo, ¿debe considerarse un solo tipo de modalidad contractual especial y no dos, como lo establecen las normas?*
3. *En el entendido que el Decreto 777 de 1992 nace de la voluntad del ejecutivo, mientras que la Ley 489 de 1998 nace de la voluntad del legislador, ¿las modalidades contractuales contenidas en las normas son especiales o diferentes? ¿Existe dependencia de una con la otra?*

<sup>442</sup> Nota de la consulta: Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria, radicación No.161-5689 (IUC-D-2010-878-488501, P.D.P. Juan Carlos Novoa Buendía).

4. *¿Los postulados de prohibiciones de los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social, contenidos en el Decreto 777 de 1992 artículo 2°, especialmente los numerales 1 y 5, son aplicables a los convenios de asociación?*
5. *¿En qué consiste la ‘contraprestación directa’, de que trata el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992? ¿El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad podría considerarse como una contraprestación directa? ¿El pago o remuneración de personal podría estimarse como contraprestación directa?*
6. *¿Los requisitos sobre idoneidad exigidos en el Decreto 777 de 1992 para los contratos de apoyo, son aplicables de manera integral a los convenios de asociación de la Ley 489 de 1998? En caso negativo ¿qué requisitos se aplican a los convenios de asociación y cuál es su fundamento legal? En lo no regulado por las normas citadas para los contratos de apoyo y convenios de asociación, ¿cuáles deben ser los requisitos para la presentación de la propuesta por parte de la entidad sin ánimo de lucro? ¿Debe hacer la solicitud la entidad estatal?*
7. *¿Es viable legalmente realizar convenios de asociación cuyos rubros presupuestales están determinados como funcionamiento? O tan solo ¿podrán hacerse bajo el rubro de inversión? O ¿podría realizarse sin análisis de dichos rubros?*
8. *¿Qué tipo de objetos contractuales no serían viable jurídicamente realizar a través de convenios de asociación?*
9. *¿Es viable que un ente nacional, departamental, distrital o municipal se asocie a través de convenio de asociación con una organización privada sin ánimo de lucro, para realizar actividades deportivas, o ejercicios pedagógicos de cultura ciudadana, o actividades que servirán a la comunidad?*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro del Interior, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) una observación preliminar sobre la derogación del Decreto 777 de 1992 por el Decreto 92 de 2017 a partir del 1° de junio de 2017; ii) la prohibición de los auxilios parlamentarios y la autorización a las entidades públicas de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, establecidas por el artículo 355 de la Constitución; iii) la facultad conferida al Gobierno nacional por el artículo 355 de la Constitución, para dictar un reglamento autónomo; iv) la reglamentación de los contratos de apoyo, establecida en el Decreto 777 de 1992, modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993; v) los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, Estatuto de la Administración Pública, y su diferencia con los contratos de apoyo; vi) la contraprestación directa establecida como exclusión del régimen de los contratos de apoyo; vii) algunos aspectos de los convenios de asociación objeto de la consulta; viii) el nuevo régimen de los contratos de apoyo, establecido por el Decreto 92 de 2017 a partir del 1° de junio de 2017.

### **A. Observación preliminar: La derogación del Decreto 777 de 1992 por el Decreto 92 de 2017 a partir del 1º de junio de 2017**

La consulta se refiere al Decreto 777 de 1992 y el Decreto 1403 del mismo año, que lo modificó, sobre los contratos de apoyo, pero se debe observar que mientras se avanzaba en el correspondiente estudio, el Gobierno nacional dictó el Decreto 92 del 23 de enero de 2017, “*Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política*”, el cual, mediante su artículo 11, derogó a partir del 1º de junio de 2017, dichos decretos y el 2459 de 1993 que eliminó para dichos contratos, el requisito de aprobación del Consejo de Ministros. Dice así esta norma del Decreto 92 de 2017:

*“Artículo 11. Vigencia y derogatorias. El presente decreto empieza a regir el 1º de junio de 2017 y deroga el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993. Los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del presente decreto continuarán ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes en el momento en que fueron suscritos”.*

En consecuencia, la Sala se referirá al final, sobre el nuevo régimen de los contratos de apoyo establecido por este decreto y en las respuestas en los puntos que sean pertinentes.

### **B. La prohibición de los auxilios parlamentarios y la autorización a las entidades públicas de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, establecidas por el artículo 355 de la Constitución**

El artículo 355 de la Constitución eliminó los llamados “*auxilios parlamentarios*”; y reguló la ayuda del Estado para asuntos de interés público, en la siguiente forma:

*“Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

*El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno nacional reglamentará la materia”.*

Como se aprecia, esta disposición suprimió ciertamente tales auxilios, pero otorgó la facultad a las entidades públicas de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público, conforme a los planes de desarrollo, y le confirió al Gobierno nacional la potestad de reglamentar directamente dicha contratación. En varias ocasiones, la Sala se ha referido a la citada norma superior, como por ejemplo, en el Concepto No. 416 del 18 de diciembre de 1991, el mismo año de expedición de la Constitución, en el cual dijo lo siguiente:

*“La segunda parte del artículo 355 de la Constitución regula un tipo especial de contratos, concebidos ante la prohibición de decretar auxilios o donaciones del tesoro público, establecida en la primera parte de dicho artículo y que comprende no solamente a las Fundaciones sino, en general, a las personas naturales y a las personas jurídicas de derecho privado. Mediante tales contratos, los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal pueden con recursos de los respectivos presupuestos, impulsar programas y actividades de interés público con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional y con sujeción a los respectivos planes de desarrollo.”*

Luego, la Sala, mediante el Concepto No. 504 del 22 de abril de 1993, cuando ya existía la reglamentación del Decreto 777 de 1992, expresó lo siguiente:

*“Sin embargo, la política de fomento por parte del Estado a la actividad particular no desaparece sino que adquiere un nuevo sentido y tiene una nueva dimensión. En efecto, sin acudir propiamente a auxilios ni donaciones, actos de mera liberalidad y que solo en ocasiones suelen cumplir los objetivos que mediante ellos se propuso la entidad pública, el Estado puede celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público, con sujeción al inciso segundo del art. 355 de la Constitución y al decreto 777 de 1992.”*

En otra ocasión, para citar un último ejemplo, la Sala, en el Concepto No. 962 del 3 de abril de 1997, mencionó una serie de obligaciones constitucionales del Estado que constituían excepciones a la prohibición de dar ayudas o donaciones públicas a personas naturales o jurídicas de derecho privado. Manifestó la Sala lo siguiente:

*“Las excepciones a la prohibición comentada (alude al artículo 355 inciso primero), a juicio de la Sala, están contenidas en la misma Constitución: en el inciso segundo del artículo 355 y en otras normas que consagran obligaciones ineludibles para el Estado en materia de asistencia, protección o estímulo (artículos 43, 44, 46, 50, 52, 69, 70, 71) o de subsidios (art. 368). De este modo, y sin incurrir en la prohibición del inciso primero del artículo 355, es posible:*

*Que la nación, los departamentos, los distritos y los municipios, con recursos de sus respectivos presupuestos, celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo (art. 355, inciso segundo). (...)*

*Que se protejan y garanticen los derechos fundamentales de los niños, entre otros, a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación y la cultura (art. 44). (...)*

*Que el Estado fomente las actividades concernientes a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52). (...)*

*Que el Estado cumpla con el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas sus etapas del proceso de creación de la identidad nacional (art. 70).*

*Que el Estado cree incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales; de igual modo, que ofrezca estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades (art. 71)."*

Resulta oportuno señalar que las excepciones a la prohibición aludida, se encuentran enumeradas a título enunciativo, no taxativo, en el artículo 42 del Decreto 111 del 15 de enero de 1996, "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto", el cual dispone lo siguiente:

**"Artículo 42.** Las funciones públicas a que se refieren, entre otros, los artículos 13, 25, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 61, 64, 67, 68, 69, 70, 79, 366 y 368 de la Constitución Política, podrán realizarse directamente por los órganos del Estado o a través de contratos por organizaciones o entidades no gubernamentales de reconocida idoneidad. (Ley 179 de 1994, arts. 37, 55, inciso 3°)."

Como se aprecia, las funciones públicas señaladas en dichos artículos, se pueden ejecutar por acción directa del Estado o vía contratos con organizaciones o entidades no gubernamentales de reconocida idoneidad. En síntesis, el artículo 355 de la Carta prohíbe los auxilios o donaciones estatales a personas naturales o jurídicas privadas, pero establece la posibilidad para las entidades públicas de celebrar contratos con los siguientes requisitos:

1. Que se utilicen los recursos de los respectivos presupuestos.
2. Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro.
3. Que se realicen con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público.
4. Que tales programas y actividades estén acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.

### **C. La facultad conferida al Gobierno nacional por el artículo 355 de la Constitución, para dictar un reglamento autónomo**

El inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, luego de establecer que el Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal puede celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, dispuso que "El Gobierno nacional reglamentará la

*materia*”, con lo cual le confirió la facultad de dictar la reglamentación de la modalidad de contratación prevista en esa norma.

La disposición constitucional otorga la facultad de reglamentación directamente al Gobierno nacional, de manera que no se requiere de una ley previa que desarrolle la modalidad contractual señalada en la norma superior, ni tampoco de una ley marco que fije los parámetros y los límites dentro de los cuales se ejerza la facultad mencionada.

No se trata aquí entonces, del ejercicio de la potestad reglamentaria general del Presidente de la República, establecida por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, *“para la cumplida ejecución de las leyes”*, la cual se debe ceñir al contenido y los alcances de la ley reglamentada. En el caso del artículo 355, la asignación constitucional de la facultad de reglamentar esa disposición superior, se hace en forma directa al Gobierno nacional, quien es autónomo para expedir el reglamento respectivo.

En la Constitución anterior, la de 1886 con sus reformas, la jurisprudencia y la doctrina establecieron la noción de los llamados *“reglamentos autónomos constitucionales”*, principalmente derivados del artículo 120-14<sup>443</sup> de esa Carta.

En forma inicial, la Corte Constitucional en Sentencia C-021 del 28 de enero de 1993, al analizar una demanda contra la Ley 132 de 1985 referente a los préstamos a damnificados por el terremoto de Popayán de 1983, se refirió a los reglamentos autónomos, la no necesidad de una ley previa para su expedición, su no prevalencia sobre la ley, su distinción con la potestad reglamentaria general y la posibilidad de su modificación por la ley. La Corte Constitucional desarrolló estos temas en la siguiente forma:

*“Para esta Corte la fórmula del artículo 120 numeral 14 consagra una atribución constitucional propia del Presidente de la República que da lugar a la expedición de reglamentos autónomos de desarrollo directo de la Carta, sin que sea necesaria la existencia de ley previa. Tales reglamentos pueden desarrollar, complementar e incluso suplir una ley. Pero, en ningún caso, excluyen la posibilidad de intervención del legislador en las materias a las que se refieren, ni pueden contradecir o derogar una ley de la República.*

*La tesis de la prevalencia de la ley sobre cualquier tipo de reglamento (legal o constitucional) no puede ser desvirtuada simplemente por un análisis gramatical, descontextualizado y asistemático de una norma de la Constitución. Porque está en juego ni más ni menos que una de las garantías más importantes del Estado de derecho, que consiste en otorgar primacía indiscutible a la manifestación formal de la comunidad representada en el Congreso o parlamento.*

*Se trata, entonces, de una primacía formal que emerge de la propia fuente de la legitimidad del poder. En virtud de ello, el Congreso se le encomienda la regulación de todas las materias no atribuidas expresamente a otra rama del poder público. La rama*

443 Esta norma disponía: *“Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: (...) 14) Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado; (...)”* (Resalta la Sala).

*administrativa, en desarrollo de la ley o directamente de la Constitución, tiene un amplio campo de acción, pero encuentra límites expresos en la ley a la que, en cualquier caso, debe respetar y no puede excluir. Se trata simplemente del cumplimiento de un principio cardinal del sistema jurídico: la jerarquía normativa.*

*El reglamento autónomo constitucional se diferencia entonces del reglamento que desarrolla una ley, simplemente en que aquel no requiere ley previa, pues la propia Constitución ha establecido un ámbito especial que puede ser desarrollado directamente por el Gobierno. Ahora bien, tal afirmación no permite deducir que los reglamentos tengan jerarquía legal, o que excluyan la posible intervención de la ley en las materias a ellos adscritas. La cláusula general de competencia propia del legislador, indica que no hay ningún ámbito que pertenezca en forma exclusiva y excluyente al reglamento. En consecuencia, el Congreso puede regular parcial o totalmente todos los aspectos que atañen a los reglamentos”.*

En diversas ocasiones, la Corte Constitucional se ha referido sobre la potestad reglamentaria para el ejercicio de una función específica, que la Constitución le ha otorgado a algunas autoridades, como el Consejo Superior de la Judicatura, las máximas autoridades jurisdiccionales, el Contralor General de la República, la antigua Comisión Nacional de Televisión, las autoridades territoriales a nivel departamental y municipal, el Contador General de la Nación, la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Consejo Nacional Electoral y muy especialmente, el Banco de la República y su Junta Directiva<sup>444</sup>.

En el punto que nos interesa, referente a la facultad concedida al Gobierno nacional, por la misma Constitución, en el artículo 355, de dictar un decreto o reglamento autónomo, la Corte Constitucional hizo un importante pronunciamiento en la Sentencia C-1250 de 28 de noviembre de 2001, relacionada con unas objeciones presidenciales a un proyecto de ley sobre el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil. Expresó la Corte en la parte pertinente lo siguiente:

*“El artículo 355 faculta al Gobierno para reglamentar de manera directa, sin necesidad de ley previa, la Constitución en esta materia específica. Por eso, establece la posibilidad de que sea expedido un decreto autónomo constitucional. Se trata aquí de un caso excepcional, ya que el Constituyente de 1991 decidió, en general, abolir los reglamentos autónomos constitucionales y dar más importancia al principio democrático mediante el fortalecimiento de las competencias legislativas del Congreso. Se exceptuó la materia de la contratación estatal con entidades privadas sin ánimo de lucro para la ejecución de actividades y programas de interés público, tema este asociado con los llamados “auxilios parlamentarios”. Se buscó entonces sustraer de la órbita del Congreso la potestad de reglamentación del postulado constitucional establecido en el artículo 355, radicándola en el Gobierno, en los distintos niveles territoriales, de conformidad con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. Esta decisión constituyente se basó en la necesidad de impedir que el giro de recursos económicos por parte del Estado a particulares dependiera del vaivén de las fuerzas políticas y pudiera devenir en el fomento del clientelismo y la*

<sup>444</sup> Así, por ejemplo, en las Sentencias C-497 de 1995; C-570 de 1997; C-372 de 1999; C-832 y C-955 de 2000; C-827 de 2001; C-290 y C-917 de 2002; C-384 de 2003; C-719 y C-1153 de 2004; C-1081 de 2005; C-238, C-354 y C-532 de 2006; C-1001 de 2007; C-403 y C-570 de 2010, etc.

corrupción, como en el pasado. Como es bien sabido, este fue uno de los propósitos políticos del proceso constituyente que concluyó en 1991.

Si bien lo anterior es cierto, también lo es que el artículo 355 de la Constitución al establecer competencias gubernamentales en materia de regulación de asuntos relativos a la contratación por parte de entidades públicas **debe ser interpretado de forma que se respeten las competencias genéricas del legislativo en materias afines o conexas**, como por ejemplo la facultad de expedir leyes llamadas a regir la prestación de los servicios públicos (art. 150 num. 23 C. P.) o la facultad de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública (art. 150 num. 25 C. P.). Es por ello necesario que la Corte entra a precisar el alcance de la mencionada norma constitucional mediante la formulación de criterios que permitan resolver los posibles conflictos que puedan presentarse en el ejercicio de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo en la materia.

Ante todo es de observar que la competencia general en materia de régimen de contratación administrativa está en cabeza del Legislador (art. 150 inciso final C. P.). Lo mismo es predicable de la facultad legislativa relativa a la autorización al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales (art. 150 inc. 1º num. 9 C. P.). Lo anterior no obsta para que cuando lo que está en juego es la relación del Gobierno con una entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para efectos de la realización de programas y actividades de interés público acordes con la ley del plan y las leyes sectoriales de desarrollo, **deba respetarse la competencia específica que la Constitución ha otorgado al Gobierno nacional para reglamentar autónomamente la contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución.**

No escapa a la Corte que en el ejercicio de las competencias en materia de contratación atribuidas al Legislador y al Ejecutivo pueden presentarse “zonas grises” o de conflicto. Para la resolución de los problemas competenciales que pueden surgir en esta materia, es necesario tener en cuenta los criterios de especificidad material, control del cumplimiento contractual y excepcionalidad.

**El criterio de especificidad material refiere a que la regulación de los contratos verse sobre los temas expresamente enunciados en el artículo 355, es decir, sobre los programas y actividades desarrollados por las entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para fines de interés público y concordantes con la Ley del Plan y los planes sectoriales de desarrollo. Cualquier regulación que exceda estos límites materiales cae bajo la órbita de competencia general del Legislador.**

En relación con el criterio de control de cumplimiento contractual se tiene que la entidad receptora de los recursos estatales tiene que cumplir con los términos del contrato celebrado con el gobierno, en los distintos niveles, para lo cual dichas obligaciones deben estar claramente definidas previamente. En este sentido, los reglamentos autónomos constitucionales que dicta el Gobierno nacional en la materia han de regular las condiciones de la contratación de forma que los dineros públicos se destinen y gasten de conformidad con el contrato y los fines constitucionales. Ello ofrece un segundo criterio básico para establecer qué está incluido en la esfera de competencia del Ejecutivo en desarrollo del

artículo 355 Superior, y qué pertenece a la competencia general en materia de contratación en cabeza del Congreso.

*Finalmente el criterio de excepcionalidad lleva implícita la interpretación restrictiva de la competencia del Gobierno respecto de los reglamentos autónomos constitucionales, dado el lugar privilegiado que la competencia legislativa del Congreso tiene en un régimen político democrático y participativo.*

*Aplicados los criterios de especificidad material, excepcionalidad y control del cumplimiento de la contratación basada en el artículo 355 al desarrollo legal del artículo 4º (del proyecto de ley), se tiene que el contenido de la norma objetada no cae en la esfera de competencias gubernamentales por vía del reglamento autónomo constitucional, sino que al contrario es desarrollo legítimo de las competencias genéricas del Legislador.*

*En efecto, afirmar, como lo hace el Gobierno, que al Legislador le está vedado regular la temática de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en desarrollo del inciso segundo del artículo 355, significa desconocer la cláusula general de competencia que la Carta le ha asignado al Congreso en materia de contratación administrativa, según lo prescrito en el inciso final del artículo 150 Superior. (...)" (Los resaltados son de la Sala).*

Resulta oportuno mencionar que en **España**, las autoridades autónomas independientes de origen constitucional, ejercen potestad reglamentaria en determinadas materias y funciones asignadas por la Constitución, y es esta la que define tal potestad como reglamentos autónomos o como normas secundarias subordinadas a las leyes en general.

En el caso de las Cámaras legislativas españolas, la Constitución les confiere autonomía organizativa, esto es, la potestad de darse sus propias normas de organización y funcionamiento, lo cual difiere de la Constitución colombiana que prevé en el artículo 151, que los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras deben ser adoptados mediante leyes orgánicas. No obstante, nuestra Carta consagra la facultad de “darse su propio reglamento” a los máximos tribunales de justicia (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional)<sup>445</sup>. Sobre el tema en España, el tratadista Santiago Muñoz Machado expresa:

*“Todos los reglamentos de los órganos constitucionales son normas especiales, no generales, en cuanto que su función normadora se constriñe a la regulación de una materia específica, determinada por la Constitución o por la ley. La delimitación de este ámbito material está hecha de diferente manera según los reglamentos que se consideren. Solo los Reglamentos de las Cámaras legislativas tienen confiada la misión de regular una materia que la Constitución reserva exclusivamente a los mismos. Por tanto, el ámbito material reservado es impenetrable para la ley. El resto de los reglamentos de órganos constitucionales no gozan de la misma posición constitucional. Al menos en relación con las*

445 C. P. arts. 235, numeral 6; 237 numeral 6 y 241 numeral 11.

leyes que regulan primariamente cada uno de esos órganos. Frente a las mismas no existe reserva alguna a favor del reglamento<sup>446</sup>” (El resaltado es de la Sala).

Conviene precisar que en España cuando los órganos autónomos independientes, en los reglamentos que expiden, se refieren al núcleo propio y exclusivo de la competencia conferida por la Constitución, pueden regular la materia con plena autonomía sin injerencia de ninguna otra autoridad, es decir, que prevalece el principio de la competencia, pero cuando se refieren a la regulación de aspectos **no** específicos de esa competencia, se deben sujetar a las leyes generales, pues en ese evento se sigue el principio de jerarquía normativa<sup>447</sup>. A este respecto, el tratadista español Santiago Muñoz Machado explica:

*“Puede decirse, en conclusión, que, así como las relaciones entre los Reglamentos de las Cámaras y las leyes se disciplinan conforme al principio de competencia (...), las mismas relaciones cuando conciernen a los reglamentos de otros órganos constitucionales están regidas habitualmente por el principio de jerarquía, aunque en ocasiones la aplicación del mismo se excluye para primar la regulación reglamentaria cuando concierne a materias exclusivamente de organización interna y funcionamiento. Habría que distinguir, para aplicar claramente uno u otro principio, entre el núcleo competencial propio y exclusivo de los reglamentos, que solo puede ser delimitado por las normas que regulan los órganos constitucionales, y las demás materias incluidas en el mismo, que están también en el dominio de la legislación general. En el primer dominio jugaría esencialmente el principio de competencia, de manera que las demás leyes no podrían usurpar la regulación confiada al órgano constitucional. En el segundo ámbito, operaría el principio de jerarquía. Una aplicación de este criterio en la STC (Sentencia del Tribunal Constitucional) 105/2000 de 13 de abril<sup>448</sup>”* (El resaltado es de la Sala).

Resumendo, se pueden mencionar los siguientes postulados fundamentales:

- i) Existen reglamentos autónomos constitucionales que emanan de la competencia otorgada directamente por la Constitución a diversas autoridades, para regular una materia específica, generalmente de carácter técnico u operativo, en forma exclusiva, y que son, por tanto, impenetrables para la ley.
- ii) Los reglamentos autónomos constitucionales difieren de los reglamentos dictados en virtud de la potestad reglamentaria general otorgada al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que se realiza respecto de las leyes para darles a estas operatividad efectiva en la práctica.

446 Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo II. El Ordenamiento Jurídico. Iustel Portal Derecho S. A., Madrid, 2006, p. 989.

447 El tratadista español Juan Alfonso Santamaría Pastor explica así el principio de competencia: “Las normas de un subsistema (normalmente, las de superior rango) pueden otorgar potestades regulatorias específicas a un órgano o entidad pública a la que pertenece dicho subsistema, de tal manera que dicha potestad deberá ser ejercida por el órgano o ente designado, y por ningún otro”; y el principio de jerarquía: “La primera y más elemental forma de resolver los conflictos entre normas consiste en otorgar a algunos tipos de ellas un valor o fuerza de obligar superior al de otras: esto es, clasificando las normas en una escala de rangos en la que cada norma puede disponer plenamente sobre las de nivel inferior, en tanto que estas han de respetar estrictamente el contenido de las de nivel superior. Es esta posición relativa de superioridad de unas normas sobre otras lo que se conoce con el nombre de principio de jerarquía”. Principios de Derecho Administrativo General. Volumen Primero. Segunda edición, Iustel Portal Derecho S.A., Madrid, 2009, páginas 149 y 146, respectivamente).

448 Ob. cit. p. 990.

- iii) Debe haber criterios de especificidad para aclarar las “zonas grises” o de conflicto de las respectivas competencias del Gobierno o la autoridad administrativa reguladora y el Congreso, que se pudieran presentar entre los reglamentos autónomos y las leyes, como se explicó en la citada Sentencia C-1250 de 2001 de la Corte Constitucional.

Tales criterios son el de la especificidad material en el sentido de que el Gobierno o la autoridad administrativa reguladora se ciña efectivamente a la materia específica mencionada en la Constitución, el criterio de control de cumplimiento de la regulación referente a que se cumpla efectivamente con el objeto de la regulación del reglamento autónomo, y el criterio de excepcionalidad que comprende la interpretación restrictiva de la competencia del Gobierno o la autoridad administrativa reguladora, para dictar el reglamento autónomo.

- iv) La facultad conferida al Gobierno nacional por el artículo 355 de la Constitución, para dictar un reglamento autónomo, no puede desconocer la facultad general del Congreso de hacer las leyes, conforme al primer inciso del artículo 150 de la Carta<sup>449</sup>.

La cláusula de competencia del Congreso para dictar las leyes, lo mismo que la competencia del último inciso del citado artículo 150, para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, en su marco general, no puede desconocerse y resulta aplicable bajo el principio de jerarquía normativa.

De otra parte, la especificidad del reglamento autónomo constitucional, que la doctrina denomina “*el núcleo competencial propio y exclusivo de los reglamentos*”<sup>450</sup>, se refiere concretamente a la materia objeto del reglamento, la cual delimita la competencia del Gobierno para expedirlo, lo cual corresponde al principio de competencia, pero en los demás aspectos se debe seguir la regulación establecida por la legislación general, dictada por el Congreso.

- v) Se debe pues, compatibilizar el principio de competencia con el principio de jerarquía normativa: la competencia para dictar el reglamento autónomo radica exclusivamente en el Gobierno nacional sobre la materia específica objeto del mismo, pero en los aspectos diferentes a esta, debe prevalecer la aplicación de la ley, como norma jerárquica superior.

Como conclusiones de lo expuesto en este punto, la Sala deduce las siguientes:

449 Sobre el tema de los ámbitos de autonomía atribuidos por la Constitución o por la ley a algunas autoridades de regulación, se pronunció el Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, en su Aclaración de Voto a la Sentencia C-805 del 1º de agosto de 2001 de la Corte Constitucional, en la cual expresó lo siguiente: “*Considero que la Constitución reconoce ámbitos de autonomía, no solo a órganos nacionales de regulación con estatus constitucional como algunos de los citados en la misma sentencia (se refiere al Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral, el Contralor General de la República, el Contador General de la Nación y la Junta Directiva del Banco de la República), sino también a órganos departamentales con estatus constitucional como las corporaciones públicas de elección popular departamentales y municipales, por citar tan solo un ejemplo. También permite que la ley reconozca espacios de autonomía a órganos creados por el legislador con el propósito de desarrollar una concepción de Estado Regulador claramente compatible con numerosas disposiciones constitucionales sobre las cuales no es necesario detenerse en esta aclaración.*”

450 Santiago Muñoz Machado. Ob. cit., p. 990.

1ª) El inciso segundo del artículo 355 de la Constitución colombiana de 1991 le otorga al Gobierno nacional un espacio para dictar un reglamento autónomo, atendiendo el criterio de especificidad y con interpretación restrictiva, que regule todo lo concerniente a la modalidad contractual prevista en dicha norma, esto es, la celebración por parte de las entidades estatales, con recursos de los respectivos presupuestos, de *“contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo”*. El Gobierno nacional ha ejercido la mencionada facultad mediante la expedición de los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, y más recientemente, el Decreto 92 de 2017, que constituyen entonces, una clase de estos reglamentos autónomos.

2ª) En los demás espacios no regulados expresamente por el mencionado reglamento autónomo de contratación, le corresponde la regulación al Congreso de la República, en virtud de su competencia general para *“hacer las leyes”*; y más concretamente, para *“expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”*, de conformidad con lo dispuesto por los incisos primero y último del artículo 150 de la Constitución.

#### **D. La reglamentación de los contratos de apoyo establecida en el Decreto 777 de 1992, modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993**

Conviene precisar que los contratos estatales establecidos en el inciso segundo del artículo 355 del ordenamiento superior, se han considerado especiales por sus características y se han denominado comúnmente *“contratos de apoyo a programas y actividades de interés público”* o simplemente *“contratos de apoyo”*.

El Gobierno nacional ejerció la facultad conferida por el artículo 355 constitucional, de reglamentación directa de la contratación especial prevista en ese artículo y con base en ella, expidió el Decreto 777 del 16 de mayo de 1992, *“Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”*, modificado después por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993.

El Decreto 777 de 1992 reguló entonces, los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público, o más sencillamente, los contratos de apoyo. El artículo 1º de este estableció los requisitos y formalidades generales de tales contratos, en la siguiente forma:

*“Artículo 1º. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.*

**<Inciso subrogado por el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:>** Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros<sup>451</sup> aquellos contratos que celebren la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades descentralizadas pertenezcan al orden nacional, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales.

**<Inciso subrogado por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:>** Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”.

Sin embargo, hay una serie de contratos excluidos del campo de aplicación del Decreto 777 de 1992, conforme lo dispuso su artículo 2° en los siguientes términos:

**“Artículo 2°. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:**

1. *Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.*
2. *Las transferencias que se realizan con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital y municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.*
3. **<Numeral subrogado por el artículo 2° del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:>** *Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación.*
4. *Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma.*

<sup>451</sup> El artículo 2° del Decreto 2459 de 1993, “Por el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, estableció: “Artículo 2°. Los contratos a que se refiere este Decreto que celebren la nación o los establecimientos públicos nacionales no requerirán de la aprobación del Consejo de Ministros”.

5. *<Numeral adicionado por el artículo 3° del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:> Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta.*

*Parágrafo. <Parágrafo adicionado por el artículo 3° del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:> Para efectos del presente Decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas”.*

Los artículos 1° y 2° del Decreto 777 de 1992 fueron demandados en acción de nulidad ante el Consejo de Estado, el cual denegó las pretensiones de la demanda en Sentencia de la Sección Primera, del 26 de febrero de 1993, Rad. No. 2073.

Los accionantes consideraban que el artículo 1° violaba el artículo 13 de la Carta, pues consagraba un beneficio a favor de los entes sin ánimo de lucro, desconociendo, según la demanda, que el privilegio es permitido únicamente para los “*grupos discriminados o marginados*” y aquellos no lo son, a lo cual la sentencia manifestó:

*“Debe observarse, pues, que la igualdad frente a la ley es un principio que tiene como premisa la igualdad fáctica de sus destinatarios que es la que se ignora en los supuestos presentados por los ;repugnantes, porque al dar a las personas jurídicas de derecho privado carentes de ánimo lucrativo el trato consignado en el artículo 1° del Decreto 777 de 1992, solo está elaborando la distinción trazada por el constituyente, según la cual los contratos podrán celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Y, desde luego que, cuando se señala en él que se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, no se está insertando elemento alguno que irrespete o afecte los principios contenidos en el canon 13 de la Carta, como lo creen equivocadamente los actores, ni se altera ni coarta el derecho de libre asociación garantizado en el artículo 38 ibídem, para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.*

*En este orden de ideas, resulta infundada la acusación en el sentido de que con el artículo 1° del Decreto 777 se crea un privilegio en favor de las mencionadas personas, menos cuando para celebrar los referidos contratos a las mencionadas entidades se les exigen requisitos que el mismo decreto establece, tales como el otorgamiento de garantías (art. 5°) y se les impone los controles y la vigilancia que implica la interventoría (art. 6°), a fin de acatar lo dispuesto en el artículo 11 que dice:*

*“Con los recursos públicos que reciba la entidad sin ánimo de lucro, en razón del respectivo contrato, se efectuarán gastos únicamente para el cumplimiento del objeto del mismo”.*

Los demandantes consideraron que el aludido decreto violaba el artículo 355 de la Constitución, pues según ellos, no podía haber compromisos estatales de carácter

benéfico con entes privados sin ánimo de lucro, y que estos no podían recibir dineros del erario sino a título oneroso o conmutativo, respecto de lo cual la sentencia hizo el siguiente análisis:

*“No cabe duda de que el artículo 355 de la Carta regula dos situaciones diferentes: en el primer inciso se consagra la prohibición absoluta para las ramas y órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, es decir, que se transfieren, sin contraprestación alguna, en forma gratuita a personas de derecho privado de cualquier naturaleza. En el segundo, se autoriza al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, a celebrar contratos utilizando recursos públicos, con entidades privadas sin ánimo de lucro, pero con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acorde con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, lo cual excluye el carácter de gratuito de los mismos, pues el contratista que debe ser de reconocida idoneidad, asume la obligación de impulsar los referidos programas en una especie de colaboración con la gestión de las actividades estatales que se contengan en los aludidos planes.*

*El artículo 1º del Decreto 777 de 1992 lo que hace es reglamentar aquella previsión constitucional al establecer que los contratos que así se llevan a cabo deben constar por escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, pero salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983, sin que pueda pensarse válidamente que por establecerse estas condiciones desaparezca la consistente en que los contratos a más de tener como meta el impulsar programas y actividades de interés público, como así lo reitera la disposición demandada, estos deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, como lo exige el citado texto constitucional, así esta última circunstancia no la contemple el estatuto reglamentario, pero sin que tal omisión pueda considerarse como que quebranta la norma superior.*

En relación con la exclusión del régimen de los contratos de apoyo de los contratos que implican una contraprestación directa a favor de la entidad pública, contemplada en el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, la Sección Primera expresó lo siguiente:

*“Finalmente queda por señalar que los contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquéllos sean excluidos por el mismo artículo 2º acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición”.*

La Sala se ha pronunciado en varias oportunidades, sobre la reglamentación de los contratos de apoyo, contenida en el Decreto 777 de 1992 y sus modificatorios. Así, por

ejemplo, en el Concepto No. 1129 del 16 de septiembre de 1998 se refirió a la característica de que las entidades públicas de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar dichos contratos “*con recursos de los respectivos presupuestos*” y deben tener como fin impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. En el evento que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, no constituyen contratos de apoyo, sino que se encuentran excluidos del régimen de estos, por disposición del numeral 1 del artículo 2º del citado decreto. Sostuvo la Sala en el Concepto No. 1129 de 1998:

*“El término recursos, de que trata la norma constitucional del artículo 355, no tiene un sentido restrictivo sino que concuerda con el concepto de bien público que, como tal, es el que se daría mediante contrato de comodato a una entidad privada sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas de interés. El Diccionario de la Lengua Española señala como acepciones de dicho término: ‘5. pl. Bienes, medios de subsistencia. 6. Conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa...’ Y Manuel Ossorio en su ‘Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales’, luego de advertir que la voz pluralizada recursos adquiere otros significados, le da a ella el de: Bienes de toda índole.*

*Hecha la anterior precisión acerca de la concordancia existente entre los conceptos de recurso y bien público, conviene sintetizar lo hasta aquí expuesto con el fin de armonizarlo con el caso que se consulta. El artículo constitucional 355 - inciso 2º faculta a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para que con recursos propios de sus presupuestos celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. El decreto 777 de 1992, al reglamentar la norma mencionada, dispone en su artículo 1o. que los contratos realizados con base en el citado precepto (C.N. art. 355 - inc. 2o.) deberán constar por escrito, sujetarse a los requisitos y formalidades previstos por la ley para la contratación entre particulares y que a esos contratos podrán incluirse las cláusulas ‘exorbitantes previstas en el decreto 222 de 1983’, hoy en día cláusulas excepcionales al tenor de la Ley 80 de 1993.*

*A su vez, en el artículo 2o. el referido decreto 777 de 1992 establece algunas excepciones, dentro de las cuales contempló en el numeral 1o. los suscritos entre las entidades públicas y personas privadas sin ánimo de lucro que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, caso que se daría en el evento en que la Nación, un departamento, un distrito o un municipio decidan entregar un bien en comodato a una Sociedad de Mejoras Públicas. La contraprestación que esta garantiza será el uso y el manejo del bien dentro de las condiciones especiales que se le exijan y, además, las utilidades o beneficios que perciba ‘... solo podrán invertirse en la realización de aquellos fines para que fueron creadas y que se encuentran expresados en la ley o en los estatutos’ (Ley 58 de 1945 artículo 3º parágrafo).”*

En síntesis, los organismos y entidades públicos de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar los contratos de apoyo de programas y actividades de interés público, establecidos por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución

y reglamentados por el Decreto 777 de 1992 con sus modificatorios, los cuales tienen las siguientes características generales:

1. Deben constar por escrito (art. 1º Decreto 777/92).
2. Se deben sujetar a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, y la normativa del citado decreto (art. 1º ib.).
3. Pueden incluir las cláusulas exorbitantes o mejor, excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias (art. 1º ib.).
4. Se deben celebrar con recursos de los respectivos presupuestos, y por tanto, deben contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal antes de la celebración del contrato, y después, con el Registro Presupuestal (arts. 7º y 14 ib.).
5. Se deben celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, entendida esta como *“la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato”* (art. 1º inciso tercero ib., modificado por el art. 1º Decreto 1403/92). Entidades constituidas por lo menos con seis (6) meses de antelación a la celebración del contrato, con su personería jurídica vigente y cuya duración no sea inferior al término del contrato y un (1) año más (arts. 12 y 13 ib.).
6. Se deben realizar con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público (art. 1º ib.).
7. Tales programas y actividades deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo (art. 355 Constitución).
8. Si el contrato es celebrado por una entidad descentralizada, debe contar con la autorización del representante legal de la entidad territorial respectiva o su delegatario en materia contractual (art. 4º ib., modificado por el art. 4º Decreto 1403/92). La misma autorización se requiere cuando una entidad fiduciaria deba celebrar el contrato por cuenta de una entidad pública (art. 5º Decreto 1403/92).
9. Se deben pactar garantías adecuadas de manejo y cumplimiento (art. 5º ib.).
10. Un interventor debe verificar la ejecución y cumplimiento del contrato (art. 6º ib.).
11. No hay vínculo laboral entre la entidad pública y el personal del contratista (art. 8º ib.).
12. En caso de incumplimiento del contratista, la entidad pública puede dar por terminado unilateralmente el contrato y exigir el pago de los perjuicios (art. 15 ib.).

## **E. Los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, Estatuto de la Administración Pública, y su diferencia con los contratos de apoyo**

La consulta se refiere a los convenios de asociación previstos en el artículo 96 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”*, llamada comúnmente el Estatuto de la Administración Pública, el cual establece lo siguiente:

**“Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.** Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

*Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.*

*Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, estas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.*

*En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:*

- a) *Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes.*
- b) *Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas.*
- c) *La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad.*
- d) *La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares.*
- e) *La duración de la asociación y las causales de disolución”.*

Como se observa, esta norma faculta a las entidades estatales en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, siguiendo los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución, para asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignados a las entidades públicas.

La consulta se refiere a los convenios de asociación contemplados en el citado artículo 96, no a la creación de personas jurídicas, de modo que la Sala se refiere específicamente a tales convenios, respecto de los cuales el inciso segundo de esa norma dispone que se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución, y que en ellos se determinará con precisión, su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Resulta oportuno mencionar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, declaró exequible el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, con base en la siguiente argumentación

*“(...) se observa por la Corte que la autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución pueden (sic) celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de ‘los cometidos y funciones’ que la ley asigna a las entidades estatales, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.*

*(...) De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados ‘de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política’; lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política”.*

Como se observa, en el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se prevé que los convenios de asociación se deben celebrar de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución, y la Corte Constitucional en la sentencia citada, señala en qué consiste la referencia a la norma constitucional, para decir que no podrán consistir en auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y se deberán

celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo.

Sin embargo, se advierte que en el primer inciso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se fijaron legalmente dos variantes, consistentes en que la norma dice expresamente que se podrán celebrar convenios de asociación “*con personas jurídicas particulares*”, lo cual significa que se refiere tanto a las personas jurídicas privadas con ánimo de lucro, vale decir, las sociedades comerciales, como a las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, y dispone que tales convenios se realizan “*para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas (se alude a las entidades estatales) la ley*”, de forma que el ámbito de aplicación legal de los mencionados convenios de asociación es más amplio que el establecido por el artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios.

En una necesaria interpretación de la norma, habrá que entender que el segundo inciso cuando alude al artículo 355 de la Carta, está regulando los convenios de asociación celebrados con las entidades privadas sin ánimo de lucro, en los términos y con los requisitos descritos en ella. Por lo tanto, los convenios o contratos de asociación celebrados con otros contratistas diferentes a los previstos en la norma constitucional, se regularán, como regla general, por lo dispuesto en el primer inciso de este artículo 96, y por el Estatuto General de Contratación de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, salvo norma legal especial en contrario.

No hay que olvidar que según los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, esta regula todos los contratos estatales, típicos, atípicos, nominados o innominados, que surjan de la autonomía de la voluntad, salvo que tengan un régimen especial consagrado en la Constitución o en la ley.

Los elementos de los convenios de asociación que son objeto de consulta, son fijados por las partes, de acuerdo con lo establecido por el inciso segundo del citado artículo 96, pues este señala que “*en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes*”.

La consulta pregunta acerca de la diferencia entre los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y los convenios de asociación. Se pueden establecer las siguientes diferencias:

- 1ª) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.
- 2ª) Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de

actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales.

- 3ª) Los contratos de apoyo se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública. En los contratos de asociación se deben determinar, como señala el inciso segundo del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular.

Se trata de dos modalidades especiales de contratos estatales: los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, sin que la diferencia sea por el origen de sus normas, sino por sus características y elementos normativos, debiéndose entender que las exclusiones (que no prohibiciones, como dice la cuarta pregunta) mencionadas en los numerales 1º y 5º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, son para los contratos que este reglamenta: los contratos de apoyo.

En este punto conviene mencionar el Decreto 92 del 23 de enero de 2017, “*Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política*”, el cual, como se dijo, entrará a regir el 1º de junio de 2017 (art. 11). El artículo 5º del Decreto 92 de 2017 establece lo siguiente:

**“Artículo 5º. Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales.** Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales **para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998**, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

*Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.*

**Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2º y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del presente decreto” (Resalta la Sala).**

Como se observa esta norma regula los contratos de asociación con las entidades privadas sin ánimo de lucro, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones de las entidades estatales, y los distingue de los contratos de

apoyo, cuyo nuevo régimen se encuentra contemplado básicamente en el artículo 2º del mismo Decreto 92 de 2017.

## **F. La contraprestación directa establecida como exclusión del régimen de los contratos de apoyo**

La consulta indaga en qué consiste “*la contraprestación directa*” mencionada en el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992. Esta norma establecía lo siguiente:

*“Artículo 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:*

*1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.(...)”*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra “*Contraprestación*” como “*Prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra*” y “*Prestación*” como “*Cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal*”, de manera que una contraprestación directa en este caso, es el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios.

La Sala se refirió en el mismo sentido de que la contraprestación directa a la cual aludía el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, implica que la beneficiaria de la prestación a cargo de la entidad privada sin ánimo de lucro, sea la entidad pública y no la comunidad, cuando en el Concepto No. 1710 del 23 de febrero de 2006 expresó:

*“La Sala observa que la primera causal excluye del ámbito de aplicación del decreto los contratos que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes, de manera que debe establecerse, en cada caso particular, si el contenido prestacional del contrato, beneficia la entidad pública, a la nación o al establecimiento público, o en otros términos, si la prestación se cumple respecto de la entidad pública, o si por el contrario, la beneficiaria del contrato es la comunidad, como lo ha señalado esta Corporación al negar la pretensión de nulidad de la norma en cita ( Art. 2º numeral 1):*

*“... los contratos a que se refiere el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique*

*una prestación en favor de la nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquellos sean excluidos por el mismo artículo 2o. acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición.”<sup>452</sup> (Negrillas de la Sala).*

Se pregunta en este punto si el cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad pública, podría considerarse como una contraprestación directa. La respuesta es afirmativa en la medida en que se beneficia directamente la entidad pública con dicha prestación realizada por la entidad privada sin ánimo de lucro.

Se formula el interrogante de si el pago o remuneración de personal podría estimarse como una contraprestación directa. La pregunta no aclara a qué personal se refiere. Para la Sala es claro que el objeto y característica de estos contratos no puede ser el de pagar el personal vinculado, en sus diferentes modalidades, a la entidad pública o a la entidad privada sin ánimo de lucro, sino los señalados en los apartes anteriores de este concepto. Por lo tanto, la respuesta es negativa.

### **G. Algunos aspectos de los convenios de asociación objeto de la consulta**

La consulta formula varias preguntas acerca de los convenios de asociación. Se inquiriere si los requisitos de idoneidad establecidos por el Decreto 777 de 1992 son aplicables a estos convenios, debiéndose contestar afirmativamente, en el evento de que se trate de un convenio de asociación con una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, pues así lo ordena la remisión que hace el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al artículo 355 de la Carta. Este requisito aparece definido en el inciso tercero del artículo 1º del Decreto 777 de 1992, modificado por el artículo 1º del Decreto 1403 de 1992:

*“Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”.*

Se pregunta sobre los vacíos de las normas citadas para la presentación de las propuestas por parte de las entidades privadas sin ánimo de lucro para los contratos de apoyo y los convenios de asociación. Al respecto debe señalarse que en aquellos espacios distintos a los otorgados por la Constitución al reglamento autónomo del Gobierno y también para vacíos en las normas que regulen estos contratos, se dará aplicación y prevalecerán las normas de superior jerarquía, en este caso, las establecidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Es importante señalar que bajo la vigencia del Decreto 777 de 1992 y la del Decreto 92 de 2017, los “contratos de apoyo” y los convenios de asociación que tienen su fundamento

<sup>452</sup> Nota del Concepto No. 1710 de 2006: Sentencia de 26 de febrero de 1993, radicación 2073, de la Sección Primera de la Corporación, que denegó las pretensiones de nulidad contra los artículos 1º y 2º del Decreto 777.

en el artículo 355 de la C. P., deben sujetarse a los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, por tratarse de contratos estatales y porque así lo ratifica el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para estos últimos.

Se indaga si se pueden realizar convenios de asociación cuyos rubros presupuestales estén determinados como de funcionamiento o si solo pueden hacerse bajo el rubro de inversión<sup>453</sup>. Al efecto, se contesta que se deben celebrar con cargo a los rubros de inversión por los conceptos a los cuales están destinados: sea para impulsar programas del respectivo plan de desarrollo, sea para desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de la entidad pública.

Se pregunta qué tipo de objetos contractuales no serían viables jurídicamente realizar a través de convenios de asociación relacionados con el artículo 355 de la Constitución. Sobre el particular, se considera que las entidades públicas no pueden celebrar convenios de asociación cuyo objeto no esté relacionado con los programas del respectivo plan de desarrollo o con los cometidos y funciones legales de la entidad, y que no cumplan los demás requisitos establecidos en el artículo 355 de la Carta.

Finalmente, se plantea el interrogante de si un ente nacional, departamental, distrital o municipal puede realizar un convenio de asociación con una organización privada sin ánimo de lucro para realizar actividades deportivas, o ejercicios pedagógicos de cultura ciudadana o actividades que servirán a la comunidad. La respuesta dependerá de si tales actividades se encuentran dentro de sus programas del respectivo plan de desarrollo o dentro de los cometidos y funciones legales de la entidad y además de si se cumplen los requisitos establecidos en la norma constitucional y en el reglamento de los convenios de asociación.

#### **H. El nuevo régimen de los contratos de apoyo, establecido por el Decreto 92 de 2017 a partir del 1º de junio de 2017**

El Gobierno nacional expidió el Decreto 92 del 23 de enero de 2017, *“Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política”*, el cual tuvo su origen en el Departamento Nacional de Planeación – DNP y, como se dijo, empezará a regir el 1º de junio de 2017 y deroga los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993 (art. 11), estableciendo entonces, un nuevo régimen para los contratos de apoyo a programas y actividades de interés público.

453 El libro *“Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano”*, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General del Presupuesto Público Nacional. Bogotá D. C., 2011, presenta las siguientes definiciones sobre estos rubros presupuestales:

*“Gastos de funcionamiento. Son aquellos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución y la ley”*. (pp. 250 y 251).

*“Gastos de inversión. Son aquellas erogaciones susceptibles de causar réditos o de ser de algún modo económicamente productivas, o que se materialicen en bienes de utilización perdurable, llamados también de capital por oposición a los de funcionamiento, que se hayan destinado por lo común a extinguirse con su empleo. Así mismo, se incluyen como gastos de inversión aquellos destinados a crear infraestructura social. La característica fundamental de este debe ser que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y la productividad en el campo de la estructura física, económica y social”*. (p. 261).

Sin entrar a hacer un análisis de la nueva reglamentación, lo cual excedería el marco de la consulta formulada, se pueden destacar algunas de sus normas. Así por ejemplo, el artículo 1º fija el objeto del nuevo decreto, en esta forma:

*“Artículo 1º. Objeto. El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.*

*Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto”.*

El artículo 2º del Decreto 92 de 2017 establece las condiciones para la celebración de los nuevos contratos de apoyo en los siguientes términos:

*“Artículo 2º. Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:*

*a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;*

*b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato, y*

*c) Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.*

*La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal que contrate bajo esta modalidad deberá indicar expresamente en los Documentos del Proceso, cómo el Proceso de Contratación cumple con las condiciones establecidas en el presente*

*artículo y justificar la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo.*

*Estas Entidades Estatales pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planea suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización. La Entidad Estatal deberá acreditar en los documentos del proceso la autorización respectiva”.*

El artículo 3º precisa el concepto de “reconocida idoneidad” de la persona jurídica sin ánimo de lucro, así:

**“Artículo 3º. Reconocida idoneidad.** *La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.*

*La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés”.*

El artículo 4º del Decreto 92 de 2017 establece el proceso de selección de la persona jurídica sin ánimo de lucro, de la siguiente forma:

**“Artículo 4º. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.** *La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.*

*En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.*

*Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos”.*

Es pertinente la observación, sobre el ámbito de aplicación del régimen de los contratos del artículo 355 de la Constitución, para personas jurídicas sin ánimo de lucro, y por ende, no sería aplicable, ni por acción, ni por exclusión, a las personas naturales, a que se refiere el inciso tercero de la norma transcrita.

Cabe anotar que el Decreto 92 de 2017 en el artículo 5º, transcrito arriba, se refirió también a los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, los distinguió de los referidos en el artículo 2º y dispuso que estaban regidos por el citado artículo 96 y los artículos 5º a 8º del nuevo decreto. El artículo 6º del Decreto 92 de 2017 señala el régimen de inhabilidades de esta contratación especial, así:

**“Artículo 6º. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.** *Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicioneen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto”.*

El artículo 7º del mismo decreto dispone la aplicación de los principios de la contratación estatal, en especial el de publicidad, y de las normas presupuestales, en estos términos:

**“Artículo 7º. Aplicación de los principios de la contratación estatal.** *La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”.*

El artículo 8º del Decreto 92 de 2017 dispone la aplicación a la contratación reglamentada por este, de las normas generales de la contratación estatal y de las establecidas en el decreto. Dice así:

**“Artículo 8º. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública.** *La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”.*

Como se observa, el Decreto 92 de 2017 constituye una nueva reglamentación de los llamados contratos de apoyo, la cual se empezará a aplicar desde el 1º de junio del presente año, y desarrolla los ámbitos de autonomía atribuidos por la Constitución bajo una interpretación restrictiva, como lo ha señalado la Corte Constitucional. En cuanto a los demás aspectos, este reglamento estará sujeto al principio de jerarquía normativa, en este caso, a las normas legales del Estatuto de Contratación.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

*“1. A sabiendas de que ambas figuras tienen el mismo postulado general del artículo 355 de la Constitución Política, ¿Existe diferencia legal y contractual entre los convenios de asociación (artículo 96 de la Ley 489 de 1998) y los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social (Decreto 777 de 1992)?”*

Existen diferencias entre los contratos de apoyo a programas y actividades de interés público, reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y a partir del 1º de junio de 2017, por el Decreto 92 de 2017, y los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, como son las siguientes:

- 1ª) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.
- 2ª) Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales y además, para la creación de personas jurídicas.
- 3ª) Los contratos de apoyo se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública. En los contratos de asociación se deben determinar, como señala el inciso segundo del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular.

*“2. ¿El Decreto 777 de 1992 guarda relación con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998? En caso afirmativo, ¿debe considerarse un solo tipo de modalidad contractual especial y no dos, como lo establecen las normas?”*

El Decreto 777 de 1992 no guarda relación con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, porque el primero reglamenta los contratos de apoyo y la segunda norma regula los convenios de asociación, que constituyen dos modalidades distintas de la contratación estatal. El Decreto 92 de 2017 sí guarda relación con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ya que en su artículo 5º reglamenta los convenios de asociación de que trata dicho artículo 96, en el caso específico de la celebración de estos con entidades privadas

sin ánimo de lucro para el desarrollo conjunto de actividades propias de las entidades estatales.

“3. *En el entendido que el Decreto 777 de 1992 nace de la voluntad del ejecutivo, mientras que la Ley 489 de 1998 nace de la voluntad del legislador, ¿las modalidades contractuales contenidas en las normas son especiales o diferentes? ¿Existe dependencia de una con la otra?*”

Las modalidades contractuales establecidas por las normas mencionadas, se diferencian no solo por su origen, sino por sus características y elementos normativos. No existe dependencia de una norma con la otra.

En el caso del Decreto 92 de 2017, este contempla en el artículo 5º, los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, para el desarrollo conjunto de actividades propias de las entidades estatales, y dispone expresamente en el último inciso de dicho artículo que *“Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2º y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del presente decreto”*.

“4. *¿Los postulados de prohibiciones de los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social, contenidos en el Decreto 777 de 1992 artículo 2º, especialmente los numerales 1 y 5, son aplicables a los convenios de asociación?*”

Las exclusiones (que no prohibiciones) mencionadas en el artículo 2º, especialmente en sus numerales 1 y 5, del Decreto 777 de 1992, se refieren únicamente a casos en los cuales no se tipifican los contratos de apoyo que este reglamenta y, por tanto, no son aplicables a los convenios de asociación.

El Decreto 92 de 2017 señala en el literal b) del artículo 2º, como condición del contrato de apoyo, que *“el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato”*.

“5. *¿En qué consiste la ‘contraprestación directa’, de que trata el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992? ¿El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad podría considerarse como una contraprestación directa? ¿El pago o remuneración de personal podría estimarse como contraprestación directa?*”

La contraprestación directa de que trata el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, y también el literal b) del artículo 2º del Decreto 92 de 2017, consiste en el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública, por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo, establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios, y a partir del 1º de junio de 2017, por el Decreto 92 de 2017.

El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad pública, puede considerarse como una contraprestación directa, en la medida en que se beneficia directamente la entidad pública con dicha prestación realizada por la entidad privada sin ánimo de lucro.

En cuanto a si el pago o remuneración de personal podría estimarse como una contraprestación directa, se observa que la pregunta no aclara a qué personal se refiere. Para la Sala es claro que el objeto y característica de estos contratos no puede ser el de pagar el personal vinculado, en sus diferentes modalidades, a la entidad pública o a la entidad privada sin ánimo de lucro, sino los señalados en los apartes anteriores de este concepto. Por lo tanto, la respuesta es negativa.

*“6. Los requisitos sobre idoneidad exigidos en el Decreto 777 de 1992 para los contratos de apoyo, ¿son aplicables de manera integral a los convenios de asociación de la Ley 489 de 1998? En caso negativo ¿qué requisitos se aplican a los convenios de asociación y cuál es su fundamento legal? En lo no regulado por las normas citadas para los contratos de apoyo y convenios de asociación, ¿cuáles deben ser los requisitos para la presentación de la propuesta por parte de la entidad sin ánimo de lucro? ¿Debe hacer la solicitud la entidad estatal?”*

El requisito de la calificación de “reconocida idoneidad” atribuida a la entidad privada sin ánimo de lucro, establecida para los contratos de apoyo en el inciso tercero del artículo 1º del Decreto 777 de 1992, modificado por el artículo 1º del Decreto 1403 de 1992, y a partir del 1º de junio de 2017 por el artículo 3º del Decreto 92 de 2017, es aplicable a los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, según las consideraciones expuestas.

En cuanto a los vacíos de las normas citadas para la presentación de las propuestas por parte de las entidades privadas sin ánimo de lucro para los contratos de apoyo y los convenios de asociación, debe señalarse que en aquellos espacios distintos a los otorgados por la Constitución al reglamento autónomo del Gobierno y también para vacíos en las normas que regulen estos contratos, se dará aplicación y prevalecerán las normas de superior jerarquía, en este caso, las establecidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Es importante señalar que bajo la vigencia del Decreto 777 de 1992 y la del Decreto 92 de 2017, los “contratos de apoyo” y los convenios de asociación que tienen su fundamento en el artículo 355 de la C. P., deben sujetarse a los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, por tratarse de contratos estatales y porque así lo ratifica el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para estos últimos.

A partir del 1º de junio de 2017, el Decreto 92 de 2017 establece en los artículos 6º, 7º y 8º, que las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, los principios de esta y las normas generales del sistema de contratación pública, excepto en lo reglamentado en dicho decreto, son aplicables a los contratos de apoyo. Tales artículos son también aplicables a los convenios de asociación con entidades privadas

sin ánimo de lucro, para el desarrollo conjunto de actividades propias de las entidades estatales, por expresa remisión del artículo 5° del mismo decreto.

“7. *¿Es viable legalmente realizar convenios de asociación cuyos rubros presupuestales están determinados como funcionamiento? O tan solo ¿podrán hacerse bajo el rubro de inversión? O ¿podría realizarse sin análisis de dichos rubros?*”

Los convenios de asociación se deben celebrar con cargo a los rubros de inversión por los conceptos a los cuales están destinados: sea para impulsar programas del respectivo plan de desarrollo, sea para desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de la entidad pública.

“8. *¿Qué tipo de objetos contractuales no serían viable (sic) jurídicamente realizar a través de convenios de asociación?*”

Las entidades públicas no pueden celebrar convenios de asociación cuyo objeto no esté relacionado con los programas del respectivo plan de desarrollo o con los cometidos y funciones legales de la entidad, y que no cumplan los demás requisitos establecidos en el artículo 355 de la Carta.

“9. *¿Es viable que un ente nacional, departamental, distrital o municipal se asocie a través de convenio de asociación con una organización privada sin ánimo de lucro, para realizar actividades deportivas, o ejercicios pedagógicos de cultura ciudadana, o actividades que servirán a la comunidad?*”

En este caso, la respuesta es afirmativa si tales actividades se encuentran dentro de los programas del respectivo plan de desarrollo o dentro de los cometidos y funciones legales de la entidad y además de si se cumplen los requisitos establecidos en la norma constitucional y en el reglamento de los convenios de asociación.

Por último, la Sala desea destacar que, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 92 del 23 de enero de 2017, “*Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución Política*”, este, conforme se explicó, empieza a regir el 1° de junio de 2017 y deroga los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, pero se debe tener en cuenta que dicho artículo dispone expresamente que los contratos suscritos antes de la mencionada entrada en vigencia, “*continuarán ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes en el momento en que fueron suscritos*”.

Remítase al señor Ministro 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.

**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**

Fecha: 24/10/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 20 de diciembre de 2017

El señor Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ha solicitado el pronunciamiento de esta Sala sobre las competencias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones relativas a la solución de las controversias en materia de interconexión, con referencia a decisiones, resoluciones y pronunciamientos de carácter vinculante adoptados por los organismos competentes de la Comisión Andina de Naciones, de la cual Colombia es Estado Miembro.

## **I. Antecedentes**

La consulta expone *antecedentes fácticos y normativos* que se sintetizan a continuación:

### **1. Las normas de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)**

- 1.1. La *Decisión 462 de 1999*, adoptada por la Comisión de la Comunidad Andina para regular “*el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina*”, que en el Capítulo VIII, sobre los “*principios relativos a la interconexión*”, determinó:

*“Artículo 30. Condiciones para la interconexión. Todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones interconectarán obligatoriamente sus redes con las de los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada país miembro. (...) En caso de negativa de un proveedor a la interconexión, será la autoridad nacional competente la que determine su procedencia”.*

*“Artículo 32. Condiciones entre proveedores. Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las autoridades nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional”.*

- 1.2. La *Resolución 432 de 2000*, por la cual la Secretaría General de la CAN aprobó las “*Normas comunes sobre interconexión*”, que en materia de solución de controversias dispuso:

*“Artículo 32. Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de*

*resolver entre las partes. En el caso que estas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta”.*

Explica la consulta que mientras la Decisión 462 usa la expresión “*las autoridades nacionales*”, la Resolución 432 se refiere a “*la Autoridad de Telecomunicaciones*”, y que “*... la referida divergencia es precisamente lo que ha dado lugar a discrepancias de interpretación sobre quién es la autoridad competente para solucionar las controversias que puedan aparecer en la ejecución de la relación de interconexión y del contrato de interconexión*”.

## 2. Las normas nacionales

2.1. La Ley 142 de 1994 estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, creó las comisiones de regulación para esos servicios, entre ellas la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones<sup>454</sup>, y entre las competencias generales (artículo 73) les asignó la de “*resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no correspondan decidir a otras autoridades administrativas*”.

Afirma la consulta que la CRC de manera expresa y consistente sostuvo que “*... sus competencias para solucionar conflictos forman parte de su función de regulación... recaen exclusivamente sobre las controversias derivadas de asuntos relacionados o generados con ocasión de la relación de interconexión sin importar si esta provenía de una servidumbre o de un contrato... no se extienden a conflictos ajenos a la relación de interconexión ... como por ejemplo la determinación de si existió o no un incumplimiento contractual o si hay lugar a que una parte del contrato reconozca intereses moratorios a la otra... y no excluyen la competencia atribuida a los jueces respecto de asuntos diferentes, sean contractuales o extracontractuales*”<sup>455</sup>.

2.2. La Ley 1341 de 2009, “*Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*”, transformó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), en Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), y en el artículo 22-9 le atribuyó la función de:

<sup>454</sup> La Sala advierte que el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, dispuso: “*La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)...*”. También advierte la Sala que la consulta cita el artículo 78, numeral 3, de la Ley 142 de 1994, el cual se refiere a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La cita sobre las competencias a las que se refiere la consulta corresponde al artículo 73, numeral 8, de la Ley 142, que en su texto original dijo: “*73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no correspondan decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad*”.

<sup>455</sup> La consulta cita como ejemplos las Resoluciones CRT 1435 de 2005, 1388 de 2005, 1479 de 2006 y 1757 de 2007.

*“Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia”.*

Expresa la consulta que la función asignada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones en la norma transcrita, es de solución de controversias pero limitada al “marco de sus competencias”; es decir, que como lo explicó la Corte Constitucional al declarar exequible la norma en cuestión, *se trata de parte de las funciones de regulación y por consiguiente de una función de naturaleza simplemente administrativa*<sup>456</sup>.

### 3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional

Menciona la consulta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que la función de solución de conflictos por parte de la CRC es el ejercicio de una función administrativa y no judicial. En particular se refiere a las siguientes:

- 3.1. La *sentencia C-1120-05*, que decidió la demanda de inconstitucionalidad sobre los artículos 73.8, 73.9 y 74.3-b de la Ley 142 de 1994 y, al analizar las funciones de regulación y de resolución de conflictos, explicó que esta última queda *“materialmente comprendida”* en la primera, con fundamento en el artículo 370 de la Constitución, y concluyó:

*“... que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no solo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial. Esta actividad de la Administración Pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o ente estos y otro órgano administrativo”.*

- 3.2. La *Sentencia C-186-11*, sobre la constitucionalidad del artículo 22-9 de la Ley 1341 de 2009, atrás transcrito, expresó:

*“...la facultad de resolver conflictos debe entenderse como una función de regulación y de intervención en la economía que supone la expedición de actos administrativos pues no tiene naturaleza jurisdiccional”.*

Anota la consulta que para la Corte Constitucional desde siempre ha sido claro que la Comisión de Regulación es el órgano competente para dirimir en sede administrativa las controversias entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, proveedores de contenidos y aplicaciones, operadores de servicios postales y prestadores de servicios de televisión, incluyendo las relacionadas con el acceso, uso e interconexión, en ejercicio de las facultades que le confieren los numerales 3, 9, 10 y 11 el artículo 22 de la Ley 1341

<sup>456</sup> La consulta cita la Sentencia C-186 de 2011, de la Corte Constitucional.

de 2009 y el numeral 9 de la Ley 1369 de 2009, bajo el procedimiento especial establecido en la Ley 1507 de 2012, el cual igualmente aplica para la fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión y la imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión.

Agrega que *“la solución de controversias a cargo de las autoridades de regulación corresponden a lo que la doctrina ha denominado actividad administrativa arbitral que realiza la administración pública cuando decide controversias o conflictos entre administrados sobre derechos privados o administrativos...[en los que] la administración se presenta, en consecuencia, en el procedimiento no solo como gestora del interés público sino de alguna manera, como árbitro entre los intereses contradictorios de los particulares”*<sup>457</sup>.

Comenta la consulta que si bien es cierto en estos procedimientos la autoridad administrativa *“actúa de manera similar a un juez, en cuanto es ajeno a los intereses debatidos en la controversia”*, también es cierto que la solución de esas controversias no envuelve asuntos solamente privados sino *“un interés público que amerita la presencia de la administración pública en la solución de la controversia. Se trata, entonces, de parte de las funciones propias de los organismos reguladores y de la función administrativa de regulación”*<sup>458</sup>.

#### 4. Posición de la CRC

La consulta señala que respecto de las reglas específicas de la Ley 1341 de 2009, la CRC ha insistido en que su facultad legal de solución de controversias *“es de carácter administrativo y no jurisdiccional”*, por lo cual entiende que *“su competencia se restringe a las controversias derivadas de la relación de interconexión, sin que pueda tomar la decisión de si se ha dado o no cumplimiento a un contrato o si se ha presentado una ruptura del equilibrio económico del contrato, las cuales le corresponden exclusivamente al juez del contrato”*<sup>459</sup>.

#### 5. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

Indica la consulta que respecto de la posición de la CRC, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al interpretar la Decisión 462 de 1999 y la Resolución 432 de 2000, ha concluido de manera diferente sobre la función de la CRC en la solución de las controversias. En primer término, cita la consulta, la sentencia 03-AI-2010 de 26 de agosto de 2011, en la cual el Tribunal Andino *“obligó a los tribunales de arbitramento a agotar el trámite de interpretación prejudicial”* antes de proferir el laudo arbitral. En segundo término, la consulta resume las consideraciones expuestas por el Tribunal Andino en diversas interpretaciones prejudiciales, así:

457 La consulta incluye las siguientes citas: Prada Vásquez José Ramón – Actividad administrativa arbitral, 1992; García de Enterría y Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 2008.

458 La consulta cita a Muñoz Machado, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, 2011; Montero Pascual, Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados, 2014.

459 La consulta cita como ejemplo la Resolución CRC 4401 de 2014.

- a) La Decisión 462 de 1999 prevé que si un proveedor estima que se han violado normas o principios de interconexión, puede acudir ante “la autoridad nacional competente”, para que resuelva “de acuerdo con la norma nacional”, lo cual, según afirma la consulta, “implicaría que es la ley interna quien debe determinar la autoridad competente para resolver la controversia”.

Pero también “la Resolución 432 de 2000 otorga competencia exclusiva y excluyente a la autoridad de telecomunicaciones –que en el caso colombiano es la CRC– para solucionar todos los conflictos generados en la interconexión sin importar si son conflictos de la relación de interconexión o conflictos del contrato de interconexión”.

- b) La CRC es competente en cualquier controversia relativa a la “ejecución de la interconexión”, que incluye “la puesta en práctica del contrato de interconexión, que cubija a su vez, las controversias sobre el incumplimiento o la ruptura del equilibrio económico del contrato”.
- c) Según la Resolución 432 de 2000 “ni los tribunales de arbitramento ni ninguna otra autoridad nacional diferente a la CRC tiene la competencia para resolver conflictos relacionados con la ejecución de contratos de interconexión”.
- d) En virtud de la supremacía, la autonomía, la eficacia directa y la prevalencia de la norma andina, si esta ha delimitado la competencia para la solución de conflictos de interconexión en la autoridad nacional de telecomunicaciones es la CRC “la única autoridad competente para resolver los conflictos de interconexión”, y ni los jueces ni los tribunales de arbitramento tienen esa competencia.
- e) Como la norma andina no precisa la naturaleza de la función de solución de controversias a cargo de la CRC, dicha naturaleza debe ser determinada por el ordenamiento jurídico interno.

## 6. Los tribunales de arbitramento

Explica la consulta que frente a las decisiones prejudiciales emitidas por el Tribunal Andino en los respectivos procesos arbitrales, los tribunales de arbitramento han emitido decisiones dispares.

- 6.1. Algunos tribunales han dado aplicación estricta a la interpretación del TJCA y se han abstenido de fallar de fondo<sup>460</sup> ordenando remitir las diligencias a la CRC<sup>461</sup>.
- 6.2. Otros se han declarado competentes con los siguientes o similares argumentos<sup>462</sup>:
- (i) las funciones de la CRC son de naturaleza administrativa, de manera que no puede decidir asuntos de naturaleza judicial;

460 Comcel vs. ETB, Laudo arbitral del 10 de octubre de 2014.

461 Comcel vs. UNE EPM TELCO S. A., Laudo arbitral del 2 de marzo de 2015 y Auto No. 22 del 13 de marzo de 2015; Comcel vs. ETB, laudo arbitral del 28 de diciembre de 2015.

462 ETB vs. Colombia Telecomunicaciones, laudo arbitral del 14 de octubre de 2014; ETB vs. Telmex, laudo arbitral del 2 de diciembre de 2014.

- (ii) la competencia del TJCA es interpretar las normas andinas; su análisis no puede incluir los hechos materia del proceso correspondiente y su concepto no vincula al tribunal de arbitramento;
- (iii) en oportunidad anterior el TJCA había ordenado conformar de nuevo el tribunal de arbitramento para que conociera de las controversias en la ejecución de los contratos de interconexión;
- (iv) las normas andinas no son aplicables a los conflictos entre empresas de un mismo país<sup>463</sup>.

## 7. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera

Los laudos arbitrales expedidos en el marco de alguno de los criterios referidos en el punto anterior han sido objeto de recursos de anulación y la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado los ha anulado, según afirma la consulta, porque “...en virtud de lo expresado en las interpretaciones prejudiciales por parte del TJCA y en estricta aplicación de la Decisión 462 de 1999 y de la Resolución 432 de 2000”, la competencia no es de los tribunales de arbitramento sino de la CRC y ha ordenado remitirle a esta los respectivos expedientes<sup>464</sup>.

Con base en los antecedentes referidos, la consulta formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *La función de solución de controversias en materia de interconexión asignada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones ¿tiene naturaleza administrativa o tiene naturaleza judicial?*
2. *¿Qué tipo de competencia tiene la Comisión al resolver las controversias que son puestas en su conocimiento –y de las cuales conocían con anterioridad los tribunales de arbitramento– en virtud de lo dispuesto en la sentencia de 23 de septiembre de 2015 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado?*
3. *¿Puede la CRC, en el marco de sus competencias, adoptar decisiones de fondo sobre aspectos relativos a la ejecución de contratos de interconexión entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, al solucionar controversias que surjan “durante la ejecución de la interconexión”, como el incumplimiento o la ruptura del equilibrio económico del contrato?*
4. *¿El procedimiento que debe seguir la CRC para la solución de la controversia de interconexión corresponde al definido en el Título V de la Ley 1341 de 2009 y la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)?*

<sup>463</sup> Comcel vs. ETB, laudo arbitral del 21 de octubre de 2014.

<sup>464</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2015, expediente 11001032600020150001800 (53054) y sentencia del 2 de diciembre de 2015, expediente 11001032600020150003000(53182).

*En caso negativo, ¿cuál es el procedimiento que debe seguir y bajo qué motivación debe hacerlo?*

5. *¿Qué recursos proceden contra la decisión de la CRC que solucione la controversia contractual de interconexión puesta a su conocimiento? ¿Cuál es la autoridad competente para su trámite?*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Los antecedentes expuestos permiten establecer un significativo grado de dificultad en los alcances y efectos del sistema jurídico e institucional andino frente al derecho interno con relación a las competencias de las autoridades colombianas para resolver las controversias que pueden suscitarse por razón de la interconexión de redes y servicios de telecomunicaciones.

En consecuencia, el estudio de la Sala desarrollará tres grandes temas: (i) El proceso de integración económica de la Subregión Andina; (ii) las telecomunicaciones en el derecho comunitario de la Comunidad Andina de Naciones y (iii) la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) y sus competencias.

### Primera parte: El proceso de integración económica de la Subregión Andina

Con el Acuerdo Subregional Andino suscrito por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, el 26 de mayo de 1969 en Bogotá, inició el proceso de integración económica caracterizado por la creación de un organismo supranacional y un derecho común para los países miembros.

Encuentra la Sala que las inquietudes planteadas en la consulta recogen las tensiones entre las normas comunitarias y el derecho interno propias de ese tipo de procesos. Por consiguiente, iniciará con una breve exposición sobre los conceptos enunciados, y continuará con la revisión de los tratados internacionales que constituyen las normas fundantes del proceso subregional, con referencia a los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional colombiana.

### A. La supranacionalidad y el derecho comunitario

#### A.1. Consideración general

La crisis de las economías de los países europeos derivada de las guerras mundiales llevó a seis<sup>465</sup> de ellos a estructurar una organización común a la cual le transfirieron parte de su soberanía y la facultad de decidir, de manera obligatoria para todos, algunos asuntos determinados en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) firmado en París el 18 de abril de 1951.

<sup>465</sup> Francia, Alemania Occidental, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. El tratado constitutivo de la CECA junto con los Tratados de Roma de 1957 que crearon la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, conformaron originalmente el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht suscrito en febrero de 1992, en vigencia desde el 1º de noviembre de 1993.

En el tratado en mención aparece por primera vez el concepto de “*supranacionalidad*” para delimitar la naturaleza jurídica y política de las atribuciones conferidas a las autoridades establecidas en el mismo tratado y para fijar su competencia en la decisión de asuntos normativos y administrativos con fuerza obligatoria para los estados miembros. Se asumió, entonces, un cambio en la concepción clásica de la soberanía que permitiera procesos de cooperación internacional más amplios y efectivos.

En la jurisprudencia y la doctrina nacionales e internacionales, la supranacionalidad se configura siempre que los Estados acuerdan, en un tratado internacional, transferir competencias de sus órganos internos a los órganos comunes creados en el tratado, sea de manera total o parcial, excluyente o concurrente, y limitada o no a determinado contenido del tratado.

Desde el punto de vista jurídico, la supranacionalidad da origen al Derecho Comunitario entendido como el conjunto de decisiones obligatorias para los estados miembros y para sus nacionales, que al ser adoptadas por autoridades supranacionales tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno tanto en el sentido de no requerir de los trámites generalmente previstos para la entrada en vigor de los instrumentos internacionales, como por desplazar el derecho interno.

A partir de los tratados regulatorios de las comunidades europeas y, en particular, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se identifican como principios propios del derecho comunitario los siguientes:

- (i) La aplicabilidad inmediata de la norma comunitaria, es decir, su incorporación automática al ordenamiento interno;
- (ii) El efecto directo en la creación de derechos y obligaciones para los Estados y sus ciudadanos;
- (iii) La primacía de la norma comunitaria sobre el ordenamiento interno.

Asimismo, se afirma la autonomía del Derecho Comunitario respecto del Derecho Internacional en la medida en que se integra con normas internacionales típicas, esto es, los tratados, y también con las normas resultantes de la actividad del organismo supranacional y sus autoridades.

De ahí, la distinción entre:

- (i) el derecho originario, que corresponde a los tratados fundacionales y a sus modificaciones, y que es fuente obligatoria para los estados miembros, y
- (ii) el derecho derivado, integrado por los actos expedidos por las distintas autoridades del organismo supranacional, dentro de los cuales unos son obligatorios y otros no, de acuerdo con la estructura y las funciones determinadas en los tratados originarios y sus modificaciones.

## A.2. La supranacionalidad y el derecho comunitario en el ordenamiento jurídico colombiano

El Acto Legislativo No. 01 de 1968 introdujo la noción jurídica de supranacionalidad en la Constitución Política, con el señalamiento explícito de su ámbito de aplicación, en los siguientes términos:

*“Artículo 11. El Artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:*

*Corresponde al Congreso hacer las leyes.*

*Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones: ...*

*18. Aprobar o improbar los tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.*

*Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas **instituciones supranacionales** que tengan por **objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados**; (resalta la Sala)...”*

En cuanto a las atribuciones del Presidente de la República en la materia, el artículo 120 constitucional disponía:

*“Artículo 41. El Artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así: ...*

*20. Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional; nombrar los agentes diplomáticos; recibir los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso; ...”*

Así, la reforma constitucional de 1968, facultó al Congreso y, por consiguiente al Gobierno, para que el Estado Colombiano concurriera a la creación de “instituciones supranacionales”, mediante la celebración de tratados internacionales que tuvieran como propósito claro y concreto la promoción o consolidación de procesos de integración económica con otros Estados.

La reforma constitucional de 1991 fortalece los procesos de integración y reitera la posibilidad de la creación de organismos supranacionales, especialmente con los Estados de América Latina y el Caribe:

En el Preámbulo se expresa el compromiso de “*impulsar la integración de la comunidad latinoamericana*”.

El artículo 9º, que forma parte del Título I sobre los principios fundamentales del Estado Colombiano, establece:

*“Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.*

Dentro del Título VII, Rama Ejecutiva, Capítulo Octavo, Relaciones Internacionales, el artículo 226 ordena al Estado promover *“la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”*, e incluye de manera expresa la noción de supranacionalidad en el artículo 227:

*“El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”.*

Valga anotar que mientras en las reforma constitucional de 1968, la noción de supranacionalidad se dio en la órbita de las competencias para la celebración de tratados internacionales de integración económica, en la Constitución de 1991 se asume como una acción del Estado encaminada a impulsar<sup>466</sup> procesos de integración “económica, social y política”, con especial interés en la conformación de una “comunidad latinoamericana”.

La jurisprudencia constitucional asumió la noción de supranacionalidad y sus efectos desde 1975 cuando la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional de la época declaró inexecutable dos incisos del artículo 2º de la Ley 8ª de 1973, aprobatoria del Tratado de creación del Acuerdo Subregional Andino, porque:

*“... La adquisición de poderes reguladores por los organismos comunitarios, en el derecho de la integración económica, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes le hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera, pues, según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional”<sup>467</sup>.*

En vigencia de la Constitución de 1991, los efectos en el derecho interno fueron objeto de uno de los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional. Con ocasión de la solicitud de revisión de un tratado internacional de 1889 y de la Ley 33 de 1992 que lo aprobó<sup>468</sup>, la Corte afirmó que el examen de constitucionalidad no cabía respecto de “instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados” y precisó:

<sup>466</sup> DRAE, “Promover. 1. tr. Impulsar el desarrollo o la realización de algo.

<sup>467</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de febrero de 1975, Gaceta Judicial, T. 152-153, Nos. 2393-2394, 1975, p. 29. Es referente constante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

<sup>468</sup> Sentencia C-276-93 (22 de julio). Ref.: Expediente L.A.T. 013 - Revisión Constitucional de la Ley 33 de 1992 “Por medio de la cual se aprueba el ‘TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL Y EL TRATADO DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL’, firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1889”.

*“Esto se entiende como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados vinculados. La Carta Política ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al considerar que el control constitucional tan solo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado, esto es, previamente a la manifestación íntegra de la voluntad del Estado pactante. Es por ello que el artículo 241, num. 10, establece que el control debe ser previo al canje de instrumentos de ratificación o de adhesión, que es uno de los actos mediante los cuales se perfeccionan los tratados”.*

La posición transcrita fue objeto de revisión y el precedente actualmente vigente se contiene en la sentencia C-400 de 1998, en la cual se concluyó que la declaratoria de inexecutable de tratados internacionales ya perfeccionados obliga en los casos de desconocimiento de la Constitución.

Respecto de las características sustanciales de las normas supranacionales, en la sentencia C-137/96<sup>469</sup>, se lee:

*“24. Como es sabido, el concepto de supranacionalidad –dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena– implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando esta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) –dentro del efecto conocido como preemption– a la norma nacional<sup>470</sup>. (Las negrillas de la Sala).*

Sobre el conjunto de los tratados originarios y las normas emanadas de los organismos supranacionales que, como se mencionó, integran el Derecho Comunitario, la jurisprudencia constitucional colombiana se ha referido a (i) su objeto y características, y (ii) las normas que conforman los derechos primario y secundario, dentro de la normatividad comunitaria; y ha dejado reiteradamente en claro que el derecho comunitario (i) no integra el bloque de constitucionalidad en cuanto no regula derechos

469 Sentencia C-137-96, Ref.: Expediente LAT-052 - Revisión de la Ley 208 de 1995 "Por medio de la cual se aprueba el 'Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología' hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983".

470 (cita de la Sentencia C-137-96) "Estos efectos fueron reconocidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su concepto de septiembre 6 de 1979, Consejero Ponente: Jaime Paredes Tamayo".

fundamentales sino relaciones económicas, (ii) tampoco prevalece sobre la Constitución y (iii) por consiguiente, no es referente para decidir sobre la constitucionalidad del derecho interno. Además de la sentencia C-137-96 que acaba de citarse, son pertinentes las siguientes por vía de ejemplo:

**Sentencia C-256-98**<sup>471</sup>.

La demanda planteaba que el artículo 11 de la Ley 83 de 1925 vulneraba los artículos 150-16 y 227 y el preámbulo de la Constitución, los artículos 41 a 46 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 27 de la Convención de Viena, porque autorizaba el monopolio de la producción del alcohol imponible, con limitación al libre comercio entre los países miembros del Pacto Andino, introducía restricciones contrarias al programa de liberación del Acuerdo y propiciaba un tratamiento tributario desigual con los alcoholes provenientes de los mencionados países.

Al encontrar, con base en una decisión del Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de julio de 1995, que el demandado artículo 11 de la Ley 83 de 1925 estaba vigente, la Corte Constitucional analiza el cargo de violación de las normas supranacionales.

La Corte parte del “*amplio respaldo*” que el concepto de supranacionalidad tiene en la Constitución de 1991; se refiere al *Acuerdo de Cartagena* para señalar que “*es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino pero que no es todo el derecho comunitario andino*”, por cuanto “*los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes...*”<sup>472</sup>.

Explica que la prevalencia de los tratados internacionales en el orden interno tiene como fundamento el artículo 93 de la Constitución que se refiere a “*...los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción; sin que sea dable sostener que esa prevalencia tiene el alcance de la supraconstitucionalidad, porque, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, la Constitución es “norma de normas”, y al armonizar ese mandato con lo preceptuado por el artículo 93 superior resulta que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que estos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley*”<sup>473</sup>.

Agrega que:

“*Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional destacado en la citada sentencia No. C-231 de 1997, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc., de donde surge que*

471 Sentencia C-256-98 (mayo 27) Referencia: Expediente D-1884, Acción Pública de Inconstitucionalidad en contra de la Ley 83 de 1925, “*Por la cual se provee a la reparación de unas vías públicas y se dictan disposiciones sobre caminos y puentes*”.

472 Cita de la sentencia C-231-97, que este concepto analiza más adelante.

473 Cita la Sentencia C-225 de 1995.

*una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento.*

*... vistas las cosas a partir del artículo 93, el derecho comunitario andino no conforma el bloque de constitucionalidad y, por ende, tampoco comparte la supremacía de la Carta Fundamental frente a la ley. Empero, cabría considerar la hipótesis de que la incorporación del derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad tuviera una base constitucional diferente del artículo 93. En este sentido, es de mérito anotar que para esta Corte, “la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta”<sup>474</sup> y, en verdad, las distintas normas superiores relativas a la supranacionalidad y a la integración, si bien constituyen el fundamento constitucional de estos fenómenos, no disponen ni entrañan la prevalencia de los respectivos tratados en el orden interno, pues “Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta”<sup>475</sup>.*

*Sirven los anteriores argumentos al propósito de demostrar que no existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria, de modo que, analizadas las cosas desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, las presuntas contradicciones entre la ley y el derecho comunitario andino no generan la declaración de inexecutable, cuyo presupuesto es la inconformidad de una norma inferior con otra superior y no con otra de la misma jerarquía o proveniente de algún órgano comunitario.*

*... la prevalencia de las normas comunitarias sobre las normas locales y la obligatoria aplicación directa de las decisiones de los órganos comunitarios creadoras de derecho secundario son situaciones distintas al juicio abstracto de constitucionalidad, y comportan unos alcances singulares, por cuya virtud la apreciación de las eventuales contradicciones entre las prescripciones regionales y el derecho interno corresponde a los jueces y a los operadores jurídicos encargados de resolver esos conflictos concretos, teniendo como norte los efectos especiales y directos que en el ordenamiento interno despliegan las normas supranacionales, cuya prevalencia sobre las normas locales reguladoras de una misma materia implica el desplazamiento que no la derogación de la norma nacional”.* (Subraya la Sala).

*... el valor normativo, la fuerza jurídica interna de los tratados de integración y del derecho secundario que encuentra en ellos su origen no se desconoce por el simple hecho de que la Corte Constitucional no los tenga en cuenta como pauta para apreciar la constitucionalidad de una ley y se niegue a declarar la inexecutable de una norma de derecho interno que los contradiga o cuya aplicación práctica desconozca normas comunitarias. Sencillamente lo que se ha afirmado es que la vía del control abstracto no es la apropiada para ventilar*

474 Cita la Sentencia No. C-358 de 1997.

475 Cita la Sentencia No. C-327 de 1997.

*supuestas contradicciones entre las normas internas y las del derecho comunitario o entre este y la puesta en práctica de una norma nacional y que, en la eventualidad de conflictos de semejante naturaleza, son otras las autoridades y otros los mecanismos establecidos en el derecho nacional y en el comunitario para procurar la solución adecuada”.*

### **Sentencia C-644/04<sup>476</sup>**

La sentencia se refiere a la tendencia creciente en el ámbito internacional de “... *concertar procesos de integración económica, mediante los cuales se establecen modelos de intercambio de bienes y servicios, principalmente con efectos sobre las barreras arancelarias y no arancelarias que limitan el libre comercio*”, y bajo la forma de zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes o comunidades económicas. La participación del Estado Colombiano es posible con base en el artículo 227 de la Constitución, especialmente “*con países de América Latina y del Caribe, inclusive para llegar a conformar una Comunidad Latinoamericana de Naciones*”.

Además de referirse a sentencias anteriores sobre el proceso de integración subregional andino para reiterar el contenido y alcance del derecho comunitario, citó la sentencia C-178-96 que declaró exequible el artículo 9° de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), conforme al cual los Estados miembros deben respeto total a los gobiernos democráticamente constituidos y luchar en conjunto contra el uso de la fuerza como medio legítimo para acceder al poder.

Explicó que la citada disposición “*se ajusta a la reformulación moderna del concepto de soberanía que compatibiliza la independencia nacional con la necesidad de vivir dentro de una comunidad supranacional. En opinión de la Corte, las obligaciones internacionales, difíciles antes de conciliar con la existencia de un “poder autónomo, incondicionado y absoluto”, resultan perfectamente compatibles con un “poder con suficiente autonomía para gobernar dentro de su territorio y obligarse frente a otros que hacen lo mismo dentro del suyo*”.

### **Sentencia C-269/14<sup>477</sup>**

La sentencia decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 37 de 1961 aprobatoria del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá, relacionados con el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para resolver las controversias de orden jurídico que surgieran entre las partes contratantes, “*sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado*”.

476 Sentencia C-644-04 (julio 8) Referencia: expediente LAT-250, Revisión constitucional de la Ley 846 de noviembre 6 de 2003, “por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena’, ‘Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia’, hecho en Oporto, Portugal, el diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

477 Sentencia C-269-14 (mayo 2) Referencia: Expediente D-9907, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos II y V (parciales) y los capítulos Cuarto y Quinto de la Ley 37 de 1961 “Por la cual se aprueba el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” (Pacto de Bogotá).

Se refirió a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno:

“... la Constitución, al paso que prevé diferentes vínculos entre el ordenamiento jurídico doméstico y las fuentes del derecho internacional –materializando así el propósito constituyente de internacionalizar las relaciones políticas, económicas, sociales y ambientales–, también es inequívoca al determinar que la soberanía radica en el pueblo; y, al ser ello así, su expresión primigenia en la Carta Política impone un deber irrenunciable de proteger su supremacía. Así pues, este Tribunal considera que la interacción del derecho interno y el derecho internacional debe interpretarse considerando que las relaciones entre derecho internacional y derecho interno son de diversa naturaleza y alcance.

*4.2.3.3. Entre las diferentes fuentes del derecho interno y el derecho internacional existen relaciones de jerarquía que deben ser tenidas en cuenta por el intérprete de la Carta. En esa dirección, la regla de supremacía constitucional, en tanto constituye el parámetro para reconocer las normas que pertenecen al sistema jurídico colombiano, demanda que la totalidad de normas respeten los límites establecidos en ella y, al mismo tiempo, optimicen los mandatos que contiene. De esa consideración se siguen las reglas, reconocidas por la Corte Constitucional desde la sentencia C-400 de 1998, conforme a las cuales (a) en caso de incompatibilidad entre una norma internacional y una norma constitucional deben preferirse las constitucionales activándose en esos casos, (b) un deber de emprender las actividades que se requieran para superar la contradicción entre ambos ordenamientos.*

*No obstante lo anterior, es posible que algunas de las fuentes del derecho internacional gocen de un predominio respecto de fuentes exclusivamente nacionales. Conforme a ello, (i) las disposiciones del ius cogens en tanto normas imperativas del derecho internacional tienen una jerarquía especial y, en esa medida, la Constitución se encuentra a ellas sometida. La Corte también ha reconocido: (ii) la especial posición, en la jerarquía de fuentes, de los tratados de derechos humanos y los tratados de límites, al punto que pueden condicionar la validez de otras normas jurídicas; (iii) la posibilidad de que normas dictadas por órganos comunitarios de organizaciones internacionales con vocación subregional, en desarrollo de la cesión parcial de algunas competencias por parte del Estado, prevalezcan y produzcan efectos inmediatos en el ordenamiento jurídico; y (iii) la necesidad de otorgarle un valor especial a las leyes aprobatorias de tratados en consideración, no solo al trámite especial que las gobierna -se someten a un control automático de constitucionalidad- sino al hecho consistente en que a través de ellas se incorporan en el orden interno obligaciones internacionales”. (Subraya la Sala).*

Respecto de las relaciones entre el derecho interno y el derecho comunitario, la sentencia C-269-14, en comentario, se refiere a la Comunidad Andina como “la única organización internacional de integración con vocación subregional en la que participa el Estado colombiano y en la que ha operado un traslado voluntario de competencias de legislación a un órgano supranacional, sobre materias determinadas”, conclusión que se sustenta en los tratados, protocolos y modificaciones acordados por los Estados Miembros y en la línea jurisprudencial que, invariablemente, ha explicado la constitucionalidad del mencionado traslado de competencias. (Subraya la Sala).

## B. El proceso de integración económica de la Subregión Andina

### B. 1. El Acuerdo de Integración Subregional suscrito en 1969

A partir de 1960, con el Tratado de Montevideo, los países latinoamericanos se comprometieron a establecer una zona de libre comercio y crearon la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Colombia adhirió a ese tratado el 30 de septiembre de 1961.

Frente a las dificultades para la realización de los propósitos del tratado en mención, pero fundados en él, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú<sup>478</sup> suscribieron el 26 de mayo de 1969 en Bogotá, el Acuerdo de Integración Subregional conocido como Acuerdo de Cartagena, Pacto Andino o Grupo Andino, con los objetivos de:

*“...promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común, todo ello con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión”.*

En el artículo 3º, los Estados Partes relacionaron los mecanismos y medidas para alcanzar los objetivos del Acuerdo, entre los cuales interesan:

*“a) La armonización de políticas económicas y sociales y aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; (...)*

*g) La integración física; (...)”*

La integración física es uno de los campos en los cuales los Estados Miembros se comprometieron a adelantar acciones conjuntas para resolver las dificultades que pudieran afectar el proceso de integración, e incluye el sector de las comunicaciones, conforme al artículo 86 del Acuerdo:

*“Los Países Miembros emprenderán una **acción conjunta** para solucionar los problemas de infraestructura que incidan desfavorablemente sobre el proceso de integración económica de la Subregión. Esta acción se ejercerá principalmente en los campos de la energía, los transportes y **las comunicaciones...**” (Resalta la Sala).*

Hace notar la Sala que el sector de las comunicaciones, al que se refiere la consulta, es reconocido desde el inicio del proceso de integración, como objeto de acciones conjuntas que solucionen los problemas que pudieran incidir desfavorablemente en el proceso mismo. Punto que se analizará en la segunda parte de este pronunciamiento.

<sup>478</sup> Chile se retiró el 30 de 1976 y en el 2006, mediante la Decisión 645, adoptada el 20 de septiembre, Chile se convierte en Miembro Asociado. Venezuela adhirió el 13 de febrero de 1973; en abril de 2006, la República Bolivariana de Venezuela denunció el Tratado y en agosto del mismo año suscribió el Memorando de Entendimiento con los Países Miembros de la Comunidad Andina para dar aplicación al artículo 135 del Acuerdo de Integración Subregional en punto a derechos, ventajas y compromisos.

Dadas las modificaciones estructurales que los Estados Miembros han acordado a lo largo del tiempo, así como la particularidad del tema que ocupa a la Sala, es suficiente agregar, respecto del Acuerdo suscrito en 1969, que creaba dos organismos principales, la Comisión y la Junta, y unos Comités como organismos auxiliares.

La Comisión era el órgano máximo del Acuerdo y a ella correspondía, entre otras funciones, las de formular la política general, adoptar las medidas necesarias para el logro de los objetivos, y aprobar las normas indispensables para *hacer posibles la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los países miembros*. También le correspondía conocer sobre las diferencias en la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las Decisiones de la misma Comisión y, en caso de no lograr arreglo, los Países Miembros se sujetaban al “Protocolo para la Solución de Controversias”, del Tratado de Montevideo. La Junta era el órgano técnico del Acuerdo y entre sus funciones tenía las de velar por la aplicación del Acuerdo y el cumplimiento de las decisiones de la Comisión.

En Colombia, el Acuerdo Subregional fue aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 8ª de 1973. Aunque ya se reseñó el examen de constitucionalidad de que fue objeto la Ley 8ª en cita, es útil referirse de nuevo a la sentencia del 27 de febrero de 1975<sup>479</sup> de la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional y a las razones por las cuales declaró inexequibles los incisos segundo y tercero del artículo segundo de la misma ley, con fundamento en la aplicación directa de las normas dictadas por los órganos de la institución creada en el Acuerdo Subregional, es decir, con base en el concepto de supranacionalidad incorporado en la Constitución por la reforma de 1968.

El artículo primero de la Ley 8ª de 1973 aprobó el Acuerdo Subregional Andino y el artículo 2º fue del siguiente tenor:

*“El Gobierno nacional dirigirá las relaciones con la Comisión y la Junta lo mismo que con otros organismos del Acuerdo Subregional Andino y designará los Ministerios y entidades descentralizadas que deberán efectuar los estudios correspondientes o representar al país cuando sea necesario.*

*El Gobierno nacional podrá poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta o de los organismos que desarrollen el Acuerdo Subregional Andino y no modifiquen la legislación o no sean materia del legislador.*

*En cambio, tales decisiones, para su aprobación y entrada en vigencia, deberán ser sometidas al Congreso por el Gobierno, cuando sean materias de competencia del legislador, o modifiquen la legislación existente o cuando el Gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores.”*

Para declarar inexequibles los incisos segundo y tercero, la Corte Suprema de Justicia argumentó:

---

479 Ver cita 14.

*“... el tratado establece mecanismos en virtud de los cuales los signatarios quedan sujetos a las normas que dicten los órganos constitutivos de la institución internacional así creada. Tales reglas expedidas por la entidad andina rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, de manera directa, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto; solo cuando este lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieren el desarrollo de trámites nacionales (...) Es así como providencias de los órganos del acuerdo son eficaces respecto de las naciones a cuyo cumplimiento se destinan. Desde este punto de vista las disposiciones regionales, en el seno de los países que han de aplicarlas, se confunden a menudo, por sus resultados, con las prescripciones del derecho interno, del cual se diferencian por su origen: mientras las primeras derivan de un ente supranacional las últimas proceden de las autoridades internas. Pero versan sobre parecidas materias. **La adquisición de poderes reguladores por los organismos comunitarios, en el derecho de la integración económica, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes le hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera, pues, según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional. Sean cuales fueren las denominaciones apropiadas, en la integración económica de varios países constituye nota relevante y diferencial que estos pierden potestades legislativas que ejercían con exclusividad por medio de disposiciones de derecho interno sobre materias determinadas y que las ganen a su favor los organismos regionales**”.* (Resalta la Sala).

La interpretación jurisprudencial contenida en el párrafo transcrito sintetiza el concepto de supranacionalidad, su fuente y sus efectos en el derecho interno; corresponde a los mecanismos y propósitos del Acuerdo de Integración Subregional de 1969, pero continúa vigente en la medida en que Colombia sigue siendo Miembro del Acuerdo Subregional, hoy Comunidad Andina, y la Constitución de 1991 fortaleció los procesos de integración y la posibilidad de constituir organismos supranacionales, como se señaló en el punto anterior.

## **B. 2. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Tratado de creación**

El 28 de agosto de 1979, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, suscribieron en Cartagena el *“Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”* bajo las consideraciones de que el desarrollo del proceso de integración había mostrado la necesidad de *“garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos”*, pero también que *“la complejidad de su ordenamiento jurídico”* incidía en las dificultades que presentaba la ejecución del Acuerdo. Por lo anterior asumieron que *“...la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”*. (Resalta la Sala).

Con la creación del Tribunal se incorporaron de manera expresa los principios de aplicación inmediata, efecto directo y supremacía de las disposiciones del organismo supranacional. En el artículo 1º del Tratado se estableció que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena estaba integrado por:

“... a) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; b) El presente Tratado; e) Las decisiones de la Comisión, y d) Las resoluciones de la Junta”.

Se dispuso que las decisiones **obligaban a** los Países Miembros desde la fecha de su aprobación por la Comisión (artículo 2º), y **serían directamente aplicables en los Países Miembros** a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo o en la fecha posterior que se señalara (artículo 3º), con lo cual se hace referencia a los efectos entre los Estados y respecto de sus ciudadanos. También se acordó que si las decisiones requerían de incorporación al derecho interno, la fecha de entrada en vigor en cada país miembro se determinaría por acto expreso (artículo 3º). Se convino que el Reglamento de la Junta establecería la entrada en vigencia y las modalidades de sus resoluciones (artículo 4º). En el artículo 5º, se acordó:

*“Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.*

El artículo 6º dispuso:

*“Créase el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como organismo principal del mismo, con la organización y las competencias que se establecen en el presente tratado”.*

Su composición y funcionamiento se reglaron en los artículos 7 a 16. Y en materia de competencias, se estructuraron dos acciones: la acción de nulidad respecto de las decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta que violaran el ordenamiento jurídico del Acuerdo (artículos 17 a 22); y la acción de incumplimiento de las obligaciones emanadas del mismo ordenamiento (artículos 23 a 27). Asimismo, se reguló la “interpretación prejudicial” (artículos 28 a 31), como la competencia para

*“... interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.*

Se reglamentó su ejercicio, con referencia a los jueces nacionales, cuando en un proceso *“deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”*. Y se dispuso que la interpretación del tribunal debe ser adoptada por el juez. Se previó igualmente que *“para su cumplimiento, las sentencias del Tribunal no requerían homologación o exequátur en ninguno de los países miembros”*.

Este Tratado de creación del Tribunal de Justicia fue aprobado por el Congreso colombiano mediante la Ley 17 de 1980<sup>480</sup>.

480 Ley 17 de 1980 (Febrero 13) “Por medio de la cual se aprueba el “Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” firmado en Cartagena el 28 de mayo de 1979”.

### B. 3. La Comunidad Andina de Naciones y el Sistema Andino de Integración

Mediante el “*Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)*” suscrito en Trujillo (Perú) el 10 de marzo de 1996, los Estados Miembros crearon la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración.

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, de las modificaciones acordadas en el Protocolo de Trujillo, “... *La más importante de ellas fue la transformación del llamado Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino a Comunidad Andina de Naciones, en atención a que desde sus comienzos, se ha planteado como una organización que no se restringe únicamente a sus ventajas comerciales, sino que pretende ser también un proceso de integración entre pueblos*”<sup>481</sup>.

La Comunidad Andina se definió como “*una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional*” (artículo 48) integrada con los Estados Miembros y los órganos e instituciones del Sistema (artículos 5° y 6°):

*El Consejo Presidencial Andino;*

*El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;*

*La Comisión de la Comunidad Andina;*

*La Secretaría General de la Comunidad Andina;*

*El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;*

*El Parlamento Andino;*

*El Consejo Consultivo Empresarial;*

*El Consejo Consultivo Laboral;*

*La Corporación Andina de Fomento;*

*El Fondo Latinoamericano de Reservas;*

*El Convenio Simón Rodríguez, los convenios sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;*

*La Universidad Andina Simón Bolívar;*

*Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.*

481 Sentencia C-256-14.

El Sistema Andino de Integración se creó con la finalidad de coordinar de manera efectiva sus órganos e instituciones para “*profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración*” (artículo 7º).

Se dejó expreso que los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración se rigen por el acuerdo o protocolo modificadorio de Trujillo, sus respectivos tratados constitutivos y sus protocolos modificadorios. Se dispuso que las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores “*forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*” (artículo 17).

Se definió el Tribunal de Justicia como “*el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina*” (artículo 40), que se rige por el tratado de creación, sus protocolos modificadorios y el Acuerdo o protocolo modificadorio de Trujillo (artículo 41); su competencia para solucionar las controversias ocasionadas por la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se deslindó del Tratado de Montevideo y se remitió al tratado de creación del Tribunal (artículo 47). En Colombia ya había entrado en vigencia la Constitución de 1991 cuando se suscribió el Protocolo de Trujillo que fue aprobado por la Ley 323 de 1996<sup>482</sup>.

En la sentencia de revisión C-231-97, la Corte Constitucional se refirió al Derecho Comunitario en la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1975:

*“8. El derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración –y no solamente hacia la cooperación–. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto.*

*Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales.*

*Estos puntos fueron tratados por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del día 27 de febrero de 1973, sobre la Ley 8 de 1973 (sic), por la cual se aprobó el Acuerdo Subregional Andino suscrito en 1969. En la citada ley se incorporaron diversas disposiciones, entre las cuales cabe mencionar aquella que contemplaba que el Gobierno podía poner en vigencia*

<sup>482</sup> Ley 323 de 1996 (octubre 10), “*Por medio de la cual se aprueba el protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996*”.

*las decisiones de la Comisión y de la Junta o de los organismos que desarrollaran el Acuerdo Subregional Andino siempre y cuando no modificaran la legislación nacional o no fueran materia del legislador. En caso de que las decisiones comunitarias no cumplieran esos requisitos, debían ser sometidas por el Gobierno al Congreso, para que este las aprobara y permitiera así su entrada en vigencia”.*

La sentencia C-231-97 en comentario reiteró el concepto de supranacionalidad, los efectos directos y prevalentes sobre los ordenamientos nacionales, contenidos en la sentencia C-137-96<sup>483</sup>, y agregó:

*“9. Las disposiciones del Acuerdo de Cartagena y de su protocolo modificatorio, responden a la idea de tratado-marco. Con el objeto de concretar el propósito central del acuerdo, se crean órganos y se fijan de manera general sus funciones. Dado que el acuerdo ha significado la transferencia de competencias soberanas por parte de los Estados a las autoridades supranacionales, un amplio número de decisiones comunitarias se aplican directamente en los países signatarios y otras surten efectos internos luego de agotado su proceso de incorporación. La naturaleza de los dos instrumentos internacionales suscita, para los efectos de su control de constitucionalidad, una complejidad que no está presente en los demás casos. La revisión de la Corte Constitucional se limita a confrontar el texto del tratado y de su ley aprobatoria con la Constitución. No obstante, el alcance de las habilitaciones que se radican en cabeza de los distintos órganos de la comunidad, solo podrá apreciarse con ocasión de su ejercicio ulterior, que naturalmente se realiza al margen del tipo especial de control instituido en la Carta, puesto que este se lleva a cabo con antelación a la ratificación del respectivo tratado, con miras a conciliar los dictados de aquella con los de este último, evitando así conflictos entre disposiciones nacionales e internacionales”.*

Es interesante resaltar que la misma sentencia C-231-97 plantea la hipótesis del quebrantamiento de *“los principios superiores del ordenamiento constitucional – respeto de los derechos humanos, vigencia del Estado Social de Derecho, de la democracia y de la separación de poderes”*, en la ejecución de los acuerdos y afirma:

*“Sin embargo, esta hipótesis debe desecharse puesto que el desarrollo del tratado, en modo alguno, requiere que dichos principios dejen de observarse. Las facultades de las autoridades de la subregión se limitan al ejercicio de las competencias que se trasladan a la comunidad y estas, como emanación de los diferentes pueblos soberanos, no comportan la posibilidad de quebrantar tales principios que, además de corresponder a la tradición de los países firmantes, se recogen en los tratados internacionales suscritos por ellos y que, por su condición de derecho imperativo, resultan oponibles y vinculantes en el seno de la comunidad creada. No cabe la menor duda de que los actos y decisiones comunitarias que violen los principios superiores deben reputarse ultra vires y ser anulados por denotar desviación de poder.*

*En este sentido corresponderá al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, conforme a las disposiciones del tratado que lo constituyó, declarar la nulidad de las*

---

483 Ver cita 16.

*decisiones de la comunidad que violen el ordenamiento jurídico de la comunidad, dentro del cual deberán entenderse incorporados los expresados principios superiores. Ni las partes signatarias al dar vida al acuerdo abdicaron de tales principios, ni los tratados internacionales que en punto a los derechos humanos y a su efectiva protección se encuentran vigentes, permiten o toleran que al socaire de tratados de integración se pretenda desconocer su obligatoriedad”.*

Es de recibo traer a colación lo que la sentencia advierte en cuanto al desconocimiento de los principios constitucionales superiores:

*“La denegación de justicia por parte del Tribunal o la probada ineficacia de sus mecanismos judiciales para enervar las decisiones o actos de la comunidad que violen los derechos humanos u otro principio jurídico superior, podría eventualmente llevar a la Jurisdicción Constitucional, en una situación extrema, a ordenar su inaplicación interna, siempre que previamente se hubiere procurado obtener del Tribunal Andino la interpretación de la norma sobre cuya aplicación se centra la controversia (Ley 17 de 1980 art. 29). En este evento cabe distinguir la validez de la decisión comunitaria que es asunto ajeno al órgano judicial nacional, de la inaplicación interna en un caso particular y por el motivo expresado. Lo anterior, sin embargo, no podría siquiera ser contemplado hipotéticamente si en el seno de la comunidad se llega a imponer en un momento dado una práctica de garantía de los principios aludidos sobre cuyo normal funcionamiento pudiere mantenerse una expectativa razonable”.*

En el desarrollo del proceso de integración andino la hipótesis planteada por la sentencia en comento no se ha dado, pero continúa presente en pronunciamientos jurisprudenciales posteriores sobre la base de que los tratados internacionales no pueden prevalecer sobre la Constitución o desconocerla. Continúa la Sentencia C-231-97 con el análisis de las relaciones de los ciudadanos con la Comunidad y sus instituciones:

*“El lazo que une al ciudadano con las autoridades nacionales, ahora se extiende respecto de los órganos comunitarios, que también son titulares del poder público y que como tales no pueden ignorar que sus atribuciones tienen origen en la decisión de pueblos soberanos que condicionan positivamente su ejercicio al respeto de principios jurídicos que se sitúan en un plano superior. Por ello es esencial que en la medida en que se consolida y profundiza la integración económica –la cual se traduce en una creciente densificación del derecho comunitario y en un incremento de las relaciones comunidad-ciudadano o comunidad-empresario–, se perfilen instituciones y mecanismos que aporten a las decisiones comunitarias un mayor sustento democrático, sin que de otro lado se pierda su necesaria operatividad, y, no menos importante, controles que permitan darle efectividad a la defensa de los derechos fundamentales que eventualmente puedan terminar siendo conculcados o amenazados por la autoridades supranacionales”.*

Para concluir, reitera que el derecho comunitario puede reducir o condicionar las competencias de las instituciones nacionales *“que en el ordenamiento gozan de un margen de relativa autonomía e independencia”*, pero insiste en que:

*“Si se asume la legitimidad del traslado de competencias soberanas a la comunidad, dentro de su radio de acción, ello normalmente acarrea la consecuencia que acaba de enunciarse. No obstante, en el plano interno el deber de colaboración y lealtad entre los órganos del Estado, obliga al Jefe del Estado como supremo director de las relaciones internacionales a informar a las autoridades concernidas sobre las materias que para ellas revistan interés y, en lo posible, buscar y estimular su participación en el proceso de articulación de la voluntad nacional que se transmite a la comunidad a la hora de crear y aplicar el derecho que de ella emana”.*

Es decir, frente a los efectos en las competencias de las autoridades internas, la sentencia propone acciones de coordinación y colaboración entre las autoridades internas, bajo la dirección del Jefe del Estado como rector de las relaciones internacionales, para que participen en la creación y aplicación del derecho comunitario. El Protocolo Modificatorio suscrito en Trujillo en marzo de 1996, dio a la Comunidad Andina su estructura y organización actuales.

La jurisprudencia constitucional reciente ha reiterado los efectos del proceso de integración en el derecho interno a partir del concepto de supranacionalidad y el derecho comunitario resultante. Así, en la sentencia C-256-14<sup>484</sup>, destaca:

*“La CAN ha dado origen a un ordenamiento jurídico propio, autónomo y supranacional, que se aplica directamente en el territorio de los países miembros y tiene efectos sobre las autoridades públicas y sobre los particulares...”*

*Se observa entonces que en el derecho comunitario existe una división entre las normas catalogadas como primarias u originarias [106] y las normas de carácter secundario o derivado [107]. En la primera clasificación, se encuentran los tratados constitutivos, los protocolos o convenciones, y en la segunda clasificación, las normas que emiten las autoridades comunitarias en desarrollo de las competencias asignadas por dichos instrumentos internacionales y que tienen un carácter vinculante [108]. Además, el funcionamiento de dicho sistema involucra la creación de tribunales judiciales encargados de dirimir los conflictos que se susciten en aplicación de las normas del derecho comunitario [109].*

*Específicamente, el derecho primario del SAI<sup>485</sup> se encuentra conformado no solo por el Acuerdo de Cartagena, a través del cual se conformó el sistema de integración y cooperación andino [110], sino también por otros instrumentos que fueron emitidos con posterioridad a él, como los Protocolos Adicionales al Acuerdo de Cartagena, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional o “Acuerdo de Cartagena”. Con respecto al derecho secundario del sistema, son los órganos comunitarios a los que se hizo alusión en el acápite anterior*

484 Sentencia C-256-14 (abril 23) Referencia: expediente PE-043, Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria No. 141 de 2013 Senado, 146 de 2013 Cámara “Por el cual se deroga la Ley 1157 de 2007 por la cual se desarrolla el artículo 227 de la Constitución Política con relación a la elección directa de Parlamentarios Andinos”.

485 Sistema Andino de Integración.

quienes, en el marco de sus competencias, pueden emitir normas de carácter vinculante en el orden jurídico de los países miembros”<sup>486</sup>.

La Sentencia C-256-14, hace también un repaso de la “*jurisprudencia constitucional acerca del Sistema Andino de Integración y, en particular, del valor normativo de los actos que los órganos emiten en ejercicio de sus competencias*”, que inicia con la caracterización dada al proceso de integración:

“El Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena tiene por objetivo principal la promoción de un sistema de integración y cooperación que impulse el desarrollo económico de sus países. En la Sentencia C-1490 de 2000[111], se expuso lo siguiente:

“Sobre el objetivo del mismo, la doctrina especializada coincide en catalogarlo como ‘...un instrumento de integración económica multinacional, que exige una organización comunitaria, que articule funcionalmente la economía de los países participantes en el proceso, por impulso de los respectivos Estados, los organismos comunitarios, los empresarios y los trabajadores de sus pueblos (...), que adquiere el perfil de sujeto de derecho internacional público’ [112]”<sup>487</sup>.

Acerca de la obligatoriedad en el orden jurídico interno de las normas que emiten los órganos secundarios, la jurisprudencia constitucional señaló que vinculan y obligan al Estado desde el momento en que son promulgadas, a no ser que la misma norma consagre que su incorporación debe realizarse de conformidad con el procedimiento interno de cada país...”

Si bien en esta sentencia C-256-14 se invoca el Auto 056-07<sup>488</sup> para afirmar que “la prevalencia de los actos proferidos por los órganos de CAN en el orden interno, no significa que a través suyo, pueda modificarse la legislación nacional o regularse materias propias del legislador interno”, en sentencia posterior -la C-269-14<sup>489</sup>- se afirmó:

“En ese sentido, por voluntad expresa del Estado colombiano, disponen de preeminencia en el ordenamiento jurídico interno, en la medida en que no atenten contra un “principio

486 (Citas de la sentencia) [106] Auto 056 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[107] Ibid.

[108] Ibid.

[109] Ibid.

[110] “Artículo 1°. El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. || Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. || Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión...”

487 (Citas sentencia C-256-14): [111] M. P. Fabio Morón Díaz. / [112] Sáchica, Carlos, “Derecho Comunitario Andino”, Edit. Temis, segunda edición, 1990.

488 El auto 056-07 resolvió un recurso de súplica contra el auto que rechazó la demanda de inconstitucionalidad contra las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones Nro. 578, 599 y 600 de 2004 y 635 de 2006 por considerar que “las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones no son por regla general objeto de control por parte de la Jurisdicción Constitucional, pues para el efecto el derecho comunitario consagra acciones mediante las cuales el Tribunal de Justicia del Acuerdo puede controlar su legalidad”. El auto 056-07 confirmó el auto aplicado, reiterando que el proceso andino de integración “ha dado origen al establecimiento del Sistema Andino de Integración, con normas y autoridades propias” y que “el derecho comunitario no se desarrolla, únicamente, a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes”, de donde concluyó la falta de competencia de la Corte Constitucional para conocer de la demanda y la reiteración de la competencia exclusiva del Tribunal Andino de Justicia en la materia.

489 Ver cita 24.

*jurídico superior” [140], en los términos de la Sentencia C-231 de 1997. Debe anotarse que en virtud de su condición supranacional, las normas comunitarias pueden ser reconocidas como preeminentes frente a las leyes aprobatorias de tratados de naturaleza comercial o libre comercio, lo que puede desprenderse de la consagración en esos términos prevista en textos de múltiples de esos tratados [141], aprobados por el Congreso de la República así como de la Decisión 598 de la Comunidad [142]. Adicionalmente, en atención al deber de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales, las autoridades tienen una obligación –prima facie–, fundada en el artículo 9º de la Carta, de interpretar las disposiciones legislativas de derecho interno de manera que sean compatibles con los compromisos internacionales”. (Subraya la Sala).*

#### **B. 4. El Tribunal de Justicia después del Protocolo de Trujillo**

En mayo del mismo año de 1996, en Cochabamba (Bolivia), los Estados Miembros suscribieron el **Protocolo modificador del tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena**.

Su primer capítulo se refiere al “ordenamiento jurídico de la comunidad andina” (artículo 1º), el cual, con relación al Tratado de creación del Tribunal de Justicia, adiciona “los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina”; dispone la aplicación directa de las decisiones y resoluciones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General de la Comunidad Andina, precisando que obligan a los países miembros desde su aprobación y se aplican en dichos países a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, salvo que se establezca una fecha distinta (artículos 2º y 3º); y reitera la obligación de los estados miembros de adoptar las normas comunitarias y no tomar acciones que obstaculicen su aplicación:

*“Artículo 4º. Los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la comunidad andina.*

*Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.*

Los compromisos y obligaciones que contiene el artículo 4º, corresponden a los contemplados en el artículo 5º del tratado de creación del Tribunal. Estos buscan asegurar que el ordenamiento jurídico comunitario efectivamente sea cumplido dentro de los países miembros. No de otra manera puede garantizarse la realización de los objetivos del proceso de integración. El artículo 5º del Protocolo de Cochabamba dispuso:

*“Créase el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional de la misma, con la organización y las competencias que se establecen en el presente Tratado y sus protocolos modificatorios”.*

Se resalta la modificación de “órgano principal”, del tratado de creación, a “*órgano jurisdiccional*”, acorde con las competencias que le fueron adicionadas. En efecto, sobre las competencias del Tribunal, el Capítulo III del Protocolo de Cochabamba conservó las relativas a la interpretación judicial y a las acciones de nulidad y de incumplimiento, y adicionó:

- (i) El recurso por omisión o inactividad, “*Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina...*”;
- (ii) la función arbitral, y
- (iii) la jurisdicción laboral, para conocer de las controversias laborales en el Sistema Andino de Integración.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido al Tribunal Andino de Justicia como el único organismo jurisdiccional con competencia respecto del derecho comunitario. En la sentencia C-269-14, ya citada, luego de señalar el deber de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales y, por consiguiente, interpretar el derecho interno de manera que sea compatible con dichos compromisos, agregó:

*“Con esa orientación y en atención a lo dispuesto en el precitado “Protocolo modificadorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, esta Corporación advirtió que el Tribunal Andino de Justicia es el único órgano jurisdiccional encargado de ejercer control judicial de normas comunitarias, lo que ha sido reconocido en las Sentencias C-231 de 1997 y C-227 de 1999, y señalado, en los siguientes términos, por esta Corte [143]<sup>490</sup> en providencia del año 2007:*

*[...]12. En cuanto al punto del control judicial de las normas comunitarias, en la Sentencia C-231 de 1997 se reitera la autonomía del Tribunal de Justicia del Acuerdo:*

*<<La independencia y autonomía del derecho comunitario, se ha querido preservar en este trance merced a la obligada intervención que se reserva al Tribunal de Justicia del Acuerdo, el cual a instancia de cualquier país miembro, de un órgano del sistema o de la persona natural o jurídica perjudicada, deberá anular el acto que quebrante el derecho comunitario, incluso por desviación de poder, el que sin duda se presenta cuando quiera se desacatan los principios superiores>>.*

*13. En el mismo sentido, la Sentencia C-227 de 1999 estableció que el Tribunal Andino de Justicia es el órgano jurisdiccional especializado en el derecho comunitario andino para resolver las controversias suscitadas en el seno de la Comunidad, y por tanto, es allí donde debe suscitarse la controversia planteado por el actor. En la providencia se señala:*

490 [143] Auto A-056 de 2007.

*<<Las competencias atribuidas al tribunal Andino de Justicia en modo alguno pugnan con la Constitución Política. Por el contrario, la integración económica se promueve en la medida en que un tribunal especializado en el derecho comunitario, por la vía arbitral, se erige en foro para resolver las controversias que giren en torno a este ordenamiento jurídico, incluidas las que le sometan los particulares.*

*(...) En este mismo sentido, la exclusividad de las competencias del Tribunal en lo tocante al derecho comunitario, confirma su condición de máximo y único órgano judicial supranacional en el seno de la comunidad. Menoscabar la autonomía y sustraer al Tribunal su carácter de órgano límite en el ordenamiento comunitario, en realidad habría significado poner término al proceso de integración, supeditando su validez y obligatoriedad a las decisiones de un cuerpo extraño, pese a la expresa cesión de competencias que este comporta”.*

Para el asunto que ocupa a la Sala cabe detenerse en la interpretación prejudicial y la función arbitral.

Respecto de la función arbitral, el Protocolo Modificador del tratado de creación del Tribunal, asignó la competencia a este para *“dirimir las controversias por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros, cuando las partes así lo acuerden”.*

Y prevé que *“Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.*

El laudo puede ser en derecho o en equidad, a elección de las partes; es obligatorio e inapelable y constituye título para la ejecución *“conforme a las disposiciones internas de cada país miembro”.* La función arbitral también se asignó a la Secretaría General para conocer de las controversias suscitadas entre particulares *“respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.* Los laudos responderán *“a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”* y serán obligatorios e inapelables, salvo acuerdo en contrario entre las partes, y constituyen *“título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada país miembro”.*

La Sala encuentra necesario un mayor detenimiento respecto de la interpretación prejudicial que compete al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. La mencionada competencia se regula en los artículos 32 a 36 del Protocolo de Cochabamba, modificador del tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en los siguientes términos:

*“Artículo 32. Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros.*

*“Artículo 33. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se deba aplicar o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.*

*En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.*

*“Artículo 34. En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.*

*“Artículo 35. El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.*

*Artículo 36. Los países miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección”.*

*Las disposiciones del Protocolo Modificadorio son claras y reiterativas en cuanto a:*

- (i) el propósito y la finalidad para los cuales fue creado el tribunal de justicia, esto es, garantizar que las normas comunitarias sean aplicadas de manera uniforme en los países que integran la Comunidad Andina;*
- (ii) la competencia del tribunal circunscrita a precisar en el caso concreto, el contenido y el alcance de las normas relacionadas en el artículo 1º, tanto del Tratado de creación del Tribunal como del Protocolo Modificadorio, porque ellas son las que “conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”;*
- (iii) la referencia expresa a los “jueces nacionales” para establecer que en los procesos en los cuales la sentencia es susceptible de recursos en el derecho interno, el juez debe decidir el proceso si no recibe la interpretación prejudicial que solicitó, mientras que si la sentencia no admite recursos, el proceso debe ser suspendido para solicitar la mencionada interpretación;*
- (iv) la obligación para el juez nacional de adoptar en su sentencia la respectiva interpretación judicial.*

Finalmente, en el Capítulo IV, “Disposiciones generales”, el Protocolo Modificadorio del Tribunal Andino de Justicia reiteró:

- (i) Las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General se cumplen sin requerir homologación o exequátur (artículo 41);
- (ii) Los países miembros se obligaron a no someter las controversias que resulten de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, *“a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”*.

La Ley 457 de 1998 (agosto 4) aprobó el Protocolo modificador del tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena suscrito en Cochabamba, Bolivia, el 28 de mayo de 1996. La ley y el protocolo en mención fueron declarados exequibles por la sentencia C-227-99, en la cual se reiteró la aplicación directa de las disposiciones de los órganos supranacionales en el derecho interno y se analizaron las diferencias acordadas por los Estados Miembros para su aplicación, a la vez que se enfatizó el principio *pacta sunt servanda* en el cumplimiento de los tratados:

*“... La sujeción del Estado colombiano a los órganos supranacionales implica, necesariamente, que sus disposiciones sean aplicables directamente en el ordenamiento interno, tal como lo dispone el artículo 3° del Tratado. Sobre el particular, en la sentencia C-231/97 la Corte acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia:*

*8. Ahora bien, en los artículos 2° y 3° del Tratado se establece una distinción entre la obligatoriedad y la aplicabilidad directa de las normas derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se dispone que las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores obligan a los estados miembros a partir de su decisión, en tanto que su aplicabilidad interna se difiere a su publicación. La distinción se explica por el hecho de que en las instancias decisivas enunciadas participan directamente miembros o representantes de los gobiernos de los Estados miembros, por lo cual, al momento de adoptarse la decisión están en pleno conocimiento del contenido normativo convenido. No ocurre lo mismo con los particulares, quienes requieren de la publicidad para conocer de tales decisiones. La distinción, pues, opera en favor de la protección de los derechos de los particulares.*

*El artículo 4° del Tratado establece que los estados miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y, por consiguiente, no podrán tomar decisiones que impidan la efectividad de tal ordenamiento. El Tribunal Andino de Justicia ha señalado, al referirse a este artículo y como claramente se infiere de la disposición, que en ella se consagra el principio *pacta sunt servanda*<sup>491</sup>, el cual, en el contexto de la supranacionalidad, supone que el derecho comunitario tiene prevalencia sobre el derecho interno, esto es, que toda norma interna o nacional contraria a dicho ordenamiento resulta derogada con la expedición de una norma comunitaria o no es aplicable dada la existencia de esta última”*. (Resalta la Sala).

491 Ver Sentencia 5-IP-89 del Tribunal Andino de Justicia.

La sentencia también analizó las competencias atribuidas al Tribunal Andino y respecto de la interpretación prejudicial afirmó:

*“13. (...) La interpretación del Tribunal, circunscrita al contenido y alcance de las normas comunitarias, es vinculante para el respectivo órgano judicial y, a este respecto, las distintas autoridades nacionales deben velar por el efectivo cumplimiento de las decisiones de aquel.”*

*Las disposiciones de esta sección se ajustan a la Constitución Política. La aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario en los países miembros, obliga a articular un sistema que permita unificar su interpretación. El principio de igualdad demanda que la aplicación de las normas que componen este ordenamiento se realice de manera homogénea. De lo contrario, la atomización de interpretaciones podría conducir a situaciones de inequidad, lo cual minaría el esfuerzo de integración. Dado que la interpretación uniforme solo abarca el contenido y alcance de las normas de la comunidad, no se puede aducir que se vulnere la autonomía funcional de los jueces nacionales. En últimas se revela en esta materia, relacionada con la aplicación del derecho comunitario, un rasgo inherente a la formación y puesta en obra de un ordenamiento jurídico supranacional, que apela al concurso de los órganos judiciales nacionales con el objeto de aplicar sus normas a las controversias que se sometan a su consideración. Justamente, los medios procesales de unificación de la interpretación, apuntan a armonizar los campos de actuación de los diferentes órganos judiciales, lo que se realiza concediendo al Tribunal preeminencia en lo que atañe a la determinación del contenido y alcance del derecho comunitario.”* (Subraya la Sala)

Sobre la función arbitral señaló:

*“... en modo alguno pugnan con la Constitución Política. Por el contrario, la integración económica se promueve en la medida en que un tribunal especializado en el derecho comunitario, por la vía arbitral, se erige en foro para resolver las controversias que giren en torno a este ordenamiento jurídico, incluidas las que le sometan los particulares. Las sentencias y laudos proferidos en ejercicio de esta función, serán precisamente las fuentes de una rica doctrina que servirá para orientar, sobre bases de seguridad y de permanente adecuación a la realidad, el proceso de integración. La circunstancia de que los jueces nacionales sean instancias propias de aplicación del derecho comunitario, le brinda sustento adicional a esta modalidad de justicia arbitral fundada en el acuerdo de las partes, como quiera que siempre se dispondrá de una vía franca para acceder a la jurisdicción.*

...

*En este mismo sentido, la exclusividad de las competencias del Tribunal en lo tocante al derecho comunitario, confirma su condición de máximo y único órgano judicial supranacional en el seno de la comunidad. Menoscabar la autonomía y sustraer al Tribunal su carácter de órgano límite en el ordenamiento comunitario, en realidad habría significado poner término al proceso de integración, supeditando su validez y obligatoriedad a*

las decisiones de un cuerpo extraño, pese a la expresa cesión de competencias que este comporta”. (Resalta la Sala).

## B. 5. El Estatuto y el Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

### a) El Estatuto

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, con fundamento en el tratado de creación del Tribunal de Justicia y la codificación del mismo<sup>492</sup>, aprobó mediante la Decisión 500<sup>493</sup>, el “Estatuto” de dicho tribunal *“... con el fin de regular el funcionamiento del Tribunal, así como el ejercicio de las acciones previstas en su Tratado de Creación, establecidas para garantizar el cumplimiento de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena, cuyos principios y objetivos deberán ser observados en la creación de toda norma jurídica comunitaria y en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo, en aras de una integración andina equilibrada y armónica ...”*.

La Decisión 500 inicia con la definición de la naturaleza y las características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y su aplicación “en el territorio de los países miembros a todos sus habitantes” (artículos 2º y 3º). Sobre la naturaleza y los fines del Tribunal, el artículo 4º de la Decisión 500 estatuye:

*“El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino”*.

Anota la Sala que la redacción de la norma transcrita permite diferenciar las dos funciones para las que el Tribunal fue creado: (i) “declarar” el derecho andino y (ii) “asegurar” que su aplicación e interpretación sean uniformes.

El Título II de la Decisión 500 en comento regula el “trámite común” al que se sujetan “los procedimientos ante el Tribunal”, sin perjuicio de reglas especiales que el mismo Estatuto contempla para determinados casos.

En el Capítulo I<sup>494</sup> del Título II, el Estatuto se refiere a “las partes, sus representantes y apoderados”, y prevé que tratándose de los Países Miembros *“...se entenderá que la representación recaerá sobre la Autoridad Nacional Competente que el país haya designado”*.

492 El tratado de creación fue codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, adoptada después de entrar en vigencia el Protocolo de Cochabamba (el 25 de agosto de 1999).

493 La Decisión 500 fue “Dada en la ciudad de Valencia, Venezuela, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil uno”.

494 DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y APODERADOS, Artículo 39.- *“Capacidad para ser parte y comparecer al proceso / Las partes actuarán ante el Tribunal por sí mismas o mediante un representante o mandatario al que se hubiere otorgado poder de acuerdo con la legislación del País Miembro. Si se trata de un órgano de la Comunidad Andina, el otorgamiento de poder se hará mediante documento suscrito por su Presidente o por su Secretario General, según fuere el caso. En el caso de los Países Miembros se entenderá que la representación recaerá sobre la Autoridad Nacional Competente que el país haya designado. / Si el representante o mandatario no fuere abogado, deberá necesariamente estar asistido por un profesional del derecho autorizado para el ejercicio de la abogacía en un País Miembro”*.

El trámite común exige presentación de demanda en “todo proceso relacionado con las acciones de nulidad y de incumplimiento, con el recurso por omisión o inactividad y con las reclamaciones de carácter laboral...” (Artículo 45); y se estructura con las etapas procesales propias de los procesos judiciales.

El Título II no contiene disposiciones aplicables a la interpretación prejudicial. Esta se incluye en el Título III, “De las acciones en particular”, y se regula de manera especial en el Capítulo III, el cual inicia con la definición del “objeto y la finalidad” (artículo 121):

*“Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.*

Luego se definen la consulta facultativa (artículo 122) y la consulta obligatoria (artículo 123), y sus efectos en los procesos internos, en los términos acordados en el tratado de creación del Tribunal y en el Protocolo de Cochabamba que lo modificó. El trámite se describe así:

*“Artículo 126. Trámite. Recibida la solicitud de consulta, el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción, y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal. Dentro del término de treinta días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, este dictará sentencia.*

*En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”.*

Observa la Sala que el Estatuto, al igual que el tratado de creación y el Protocolo de Cochabamba, se refiere a “los jueces nacionales” como los solicitantes de la interpretación prejudicial y señala los efectos en los procesos respectivos según se trate de consulta facultativa u obligatoria.

#### b) El Reglamento Interno

El Tribunal, el 18 de mayo de 2004, expidió su reglamento interno, con el objeto de desarrollar el tratado de creación y el Estatuto, para su organización y funcionamiento internos. Interesa destacar que el Reglamento Interno cuando se refiere a “*la sustanciación de las causas*” (Capítulo III) alude a “*las demandas judiciales*” y a “*las solicitudes de interpretación judicial*” (artículo 23), sin perjuicio de que para ambas establece el sorteo para asignar el Magistrado que conocerá de una u otra<sup>495</sup>.

<sup>495</sup> Reglamento Interno, artículo 23. “*La sustanciación de las demandas judiciales, así como las solicitudes de interpretación judicial que se reciban por el Tribunal, serán asignadas a los Magistrados por medio de sorteos independientes que se realizarán según la naturaleza de la acción deducida...*”

El repaso precedente de la normatividad sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina muestra que la interpretación prejudicial, facultativa u obligatoria, es una solicitud que corresponde hacer a los jueces nacionales cuando en los procesos a su cargo sea debatida la normatividad andina. Sin embargo, es claro que también las “*autoridades administrativas*” pueden requerir de las interpretaciones prejudiciales y solicitarlas al Tribunal.

La Sala encuentra varias razones para sustentar esta afirmación:

- (i) Los motivos que llevaron a los Estados miembros del proceso de integración subregional a crear el Tribunal de Justicia, a saber, la complejidad del ordenamiento jurídico comunitario y la necesidad de que su interpretación y aplicación sea uniforme entre los países miembros;
- (ii), El objeto y la finalidad de la interpretación prejudicial en concreto, que corresponden al mismo propósito de asegurar que las normas comunitarias se interpreten y apliquen de manera uniforme;
- (iii) La obligatoriedad del Derecho Comunitario para los Estados miembros y para sus nacionales –tanto en los aspectos sustanciales como en las competencias de las autoridades supranacionales–, la cual trae como implicación necesaria habilitar a la autoridad administrativa interna competente para recurrir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en procura de la interpretación prejudicial, cuando especiales circunstancias así se lo aconsejen;
- (iv) La información que el mismo Tribunal suministra en su página web<sup>496</sup>:

### **“Quiénes Somos**

#### *Presentación*

#### ***Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.***

*El órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina nace el 28 de mayo de 1979 mediante la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Luego de un largo proceso de ratificación de su tratado constitutivo y de las gestiones destinadas para su instalación en su sede ubicada en la ciudad de Quito inició sus actividades el 02 de enero de 1984. Posteriormente, mediante el Protocolo de Cochabamba suscrito el 28 de mayo de 1996, cambió su nombre a “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.*

“ ...

**“Hasta el 31 de mayo del año 2016, el Tribunal ha conocido 3.732 Interpretaciones Prejudiciales solicitadas por las autoridades administrativas y jurisdiccionales**

<sup>496</sup> www.tribunalandino.org.ec

***nacionales, 123 Acciones de Incumplimiento en contra de los Países Miembros, 62 Acciones de Nulidad, 19 Procesos Laborales y 7 Recursos por Omisión o Inactividad de los Órganos Comunitarios, ubicándose como la tercera Corte Internacional más activa del mundo luego de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*** (La negrilla es del original; la subraya es de la Sala).

Visto el proceso de integración subregional andino dentro del marco del ordenamiento jurídico colombiano y las reglas jurídicas adoptadas por los países miembros para garantizar la continuidad y eficacia en la realización de los objetivos propuestos, corresponde continuar con el examen del sector de las telecomunicaciones en el derecho comunitario de la Comunidad Andina de Naciones. Es este, como se destacó en la primera parte, uno de los campos en el que la acción conjunta de los Estados se asume como de especial interés para prevenir las dificultades que pudieran dificultar la integración.

## **Segunda parte: El sector de las telecomunicaciones en el derecho comunitario del proceso de integración de la Subregión Andina**

### **A. Las comunicaciones en la integración física**

Como se señaló atrás, los Estados Miembros del Acuerdo Subregional Andino suscrito en 1969 incluyeron la *integración física* como uno de los mecanismos de *acción conjunta* que requerían para alcanzar sus objetivos y precaver los problemas que pudieran afectar negativamente el proceso que iniciaban, y dentro del mismo identificaron el *campo de las comunicaciones*.

El campo en mención ha tenido un constante desarrollo dentro del proceso de integración. Una corta reseña sobre las acciones emprendidas, muestra un conjunto de disposiciones orientadas a unificar las regulaciones comunitarias y propiciar su armonización con el derecho interno de los países miembros y también a la integración con las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones y de las tecnologías de la información y la comunicación y otras entidades del sector o vinculadas a este, a través de la creación en 1974 de la actual *Aseta, Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina*<sup>497</sup>.

Igualmente, en 1991 se creó el *Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones, CAATEL*, integrado por los representantes de los organismos encargados de la regulación del sector en cada uno de los Estados Miembros, que tiene entre sus objetivos el de fomentar la armonización de las políticas del sector y la elaboración de marcos normativos, técnicos y económicos comunes.

El Protocolo de Trujillo suscrito en 1996, que modificó el tratado original del Acuerdo Subregional para dar paso a la Comunidad Andina de Naciones y al Sistema Andino de

<sup>497</sup> Aseta, Organismo Internacional, sin fines de lucro; agrupa a empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones y de las tecnologías de la información y la comunicación y a otras entidades del sector o vinculadas a este, con el propósito de coadyuvar a su desarrollo y al proceso de integración en los países andinos; es reconocida internacionalmente como el organismo subregional andino especializado en telecomunicaciones. El Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones – CAATEL, en el año de 1997 designó a Aseta como su Organismo Consultivo Permanente. // Información tomada de la página [www.aseta.org](http://www.aseta.org)

Integración, estableció la nueva organización del proceso de integración sin variación de los objetivos establecidos en el tratado de creación de 1969, de manera que al sector de las comunicaciones, siguieron encaminadas las acciones conjuntas necesarias para la integración.

## **B. Las Decisiones 439 y 462 de la Comisión de la Comunidad Andina**

En 1998, la Comisión de la Comunidad Andina mediante la Decisión 439, adoptó el *“Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina”*, que entre sus disposiciones transitorias incluyó:

*“Quinta.- A más tardar, en el transcurso de los dos meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Decisión, el Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones (CAATEL), será convocado por la Secretaría General para que, en materia de telecomunicaciones, elabore los Proyectos de Decisión que contengan las normas que regulen el proceso de liberalización del comercio de tales servicios entre los Países Miembros. Dichos Proyectos contemplarán las condiciones para la aplicación de los principios, compromisos y normas contenidos en el presente Marco General”*. El mandato se cumplió y la Comisión de la Comunidad Andina expidió la Decisión 462<sup>498</sup>, por la cual adoptó las *“Normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina”*.

Sus consideraciones se refieren al deber de los países miembros de *“estimular el fortalecimiento y la diversificación de los servicios y armonizar las políticas nacionales sectoriales en aquellos aspectos que lo requieran”*; a la determinación adoptada en la Resolución CAATEL VII. EX-49, por las autoridades de telecomunicaciones de los Países miembros, en el sentido de *“otorgar la máxima prioridad a la integración intrasubregional de las telecomunicaciones andinas”*, a través de la liberalización del comercio de servicios porque este *“contribuye a incrementar la competitividad, diversificar la capacidad exportadora de estos servicios y a fortalecer la posición comunitaria, como bloque, para lograr una inserción efectiva en el mercado global...”*

Así se sintetizan los propósitos y objetivos que informan la prioridad en el logro de la integración subregional en el sector de las telecomunicaciones, para lo cual es indispensable contar con una regulación común.

Téngase presente que según se analizó en la parte primera del presente concepto, las Decisiones 439 y 462, en cuanto expedidas por la Comisión de la Comunidad Andina integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad conforme a lo dispuesto por el artículo primero del tratado de creación del Tribunal de Justicia y por el artículo primero del Protocolo modificadorio suscrito en Cochabamba.

Significa entonces que ambas decisiones son derecho comunitario derivado y, en consecuencia, son de aplicación directa y prevalente en cada país miembro y desplazan

<sup>498</sup> Decisión 462 de 1999 (mayo 25), Cartagena de Indias, Colombia.

la legislación interna en las materias reguladas, sin perjuicio de las remisiones a esa misma legislación. Igualmente, entran en la órbita de competencia del Tribunal Andino de Justicia, para efectos de su interpretación y aplicación uniformes.

En cuanto a los artículos de la Decisión 462, interesa particularmente detenerse en los siguientes:

El artículo 1º, que estableció como objetivo principal de la decisión el de *“fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar la creación de un mercado común andino de servicios, contribuyendo así al proceso de integración de la subregión andina”*; y como objetivos específicos (las subrayas son de la Sala):

- a) *Eliminar las restricciones y obstáculos al libre comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo al cronograma establecido en la presente decisión;*
- b) *Propiciar la armonización de las normas necesarias para la conformación del mercado común andino de telecomunicaciones;*
- c) *Proponer definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los países miembros, y*
- d) *Propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones en los países miembros”.*

El artículo 2º se incluyeron, entre otras, las siguientes definiciones:

*“Telecomunicaciones. Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por líneas físicas, medios radioeléctricos, medios ópticos u otros medios electromagnéticos”.*

*“Servicios de telecomunicaciones. Conjunto de funciones, ofrecidas por un proveedor, que se soportan en redes de telecomunicaciones con el fin de satisfacer necesidades de los usuarios”.*

*“Interconexión. Todo enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones con objeto que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos”.*

El artículo segundo en comento hizo además la siguiente remisión:

*“Otras definiciones. Para los demás términos y definiciones, esta decisión se remitirá a lo contenido en los reglamentos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT, y la Decisión 439”.*

Aquí un corto desvío para señalar que el sector de las comunicaciones es tradicionalmente uno de los sectores en los que se ha buscado, a nivel mundial, la integración normativa y técnica desde el siglo 19, pues la UIT a que refiere la Decisión 462 fue originalmente fundada en París en 1865 como Unión Telegráfica Internacional, adoptó el nombre de Unión Internacional de Telecomunicaciones en 1934 y a partir de 1947 es el organismo especializado de la ONU en materia de tecnologías para la información y las comunicaciones, del cual son miembros 193 países y más de 700 entidades del sector privado y de la academia, y se basa en el principio de cooperación internacional para adoptar por consenso acuerdos en tecnologías, servicios y atribución de recursos como el espectro de radiofrecuencias y las posiciones orbitales de los satélites, para crear un sistema permanente de comunicación global<sup>499</sup>. La remisión a los reglamentos de la UIT para su aplicación en el proceso de integración subregional andino, hecha en el artículo 2º de la Decisión 462 en comentario, se complementa con lo dispuesto en el artículo 37 de la misma Decisión 462:

*“Relación con organizaciones y acuerdos internacionales. Los países miembros reconocen:*

- a) *La importancia de las normas internacionales para la compatibilidad e interoperabilidad de las redes y servicios de telecomunicaciones a escala mundial y se comprometen a promover la aplicación de tales normas y a participar coordinadamente en los trabajos de los organismos internacionales competentes, entre ellos la Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT, y la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), y*
- b) *La función que desempeñan las organizaciones, los acuerdos intergubernamentales y el sector privado para el logro del funcionamiento de los servicios nacionales y mundiales de telecomunicaciones, en particular la Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT, y la Organización Mundial del Comercio (OMC).”*

Siguiendo con la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, los artículos 6 y 7 previeron que el comercio de servicios de telecomunicaciones se desarrollaría bajo un régimen de liberalización e integración, que se cumpliría en dos etapas; la primera, a partir del 1º de enero de 2000, con la eliminación de las medidas restrictivas en relación con los servicios de telecomunicaciones diferentes a los de telefonía básica local, de larga distancia nacional e internacional y los de telefonía móvil terrestre; y la segunda, a partir del 1º de enero de 2002, con la eliminación de las medidas restrictivas de todos los servicios de telecomunicaciones, incluidos los de telefonía básica local, de larga distancia nacional e internacional y los de telefonía móvil terrestre.

El Capítulo VII trató el tema de la “Protección de la libre competencia”, remitió a la Decisión 285 –otra norma comunitaria– instó a los países miembros a adoptar o mantener medidas que impidan prácticas competitivas (artículo 28) e identificó algunas de estas en particular (artículo 29).

Es necesario tener presente que la Decisión 462 en comentario reguló el comercio de los servicios de telecomunicaciones, y que la libre competencia es uno de los principios que

499 <http://www.itu.int/es>

informan dicho comercio. El Capítulo VIII de la Decisión 462 se ocupó de los “Principios relativos a la interconexión” (artículos 30 a 33), conforme a los cuales todos los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes con las de “los proveedores que hayan homologado sus títulos habilitantes, de acuerdo a la normativa nacional de interconexión de cada país miembro”, y dispuso:

*“La interconexión debe proveerse:*

- a) *En términos y condiciones que no sean discriminatorias, incluidas las normas, especificaciones técnicas y cargos. Con una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares, a servicios similares suministrados por empresas filiales o asociadas y por empresas no afiliadas;*
- b) *Con cargos de interconexión que:*
  - 1. *Sean transparentes y razonables.*
  - 2. *Estén orientados a costos y tengan en cuenta su viabilidad económica.*
  - 3. *Estén suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio.*
- c) *En forma oportuna, y*
- d) *A solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red, ofrecidos a la mayoría de los usuarios, sujeto a cargos que reflejen el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias.*

*En caso de negativa de un proveedor a la interconexión, será la autoridad nacional competente la que determine su procedencia”.*

Llama la atención la Sala sobre las exigencias acerca de los “cargos de conexión” para que se orienten a los costos y sean viables económicamente y para que el proveedor que solicita la interconexión pague lo requerido para suministrar el servicio.

La norma comunitaria asume que los aspectos económicos de la relación de interconexión deben responder a criterios que garanticen no solo la equivalencia en la posición de cada parte sino su incidencia en el costo del servicio.

En el derecho interno colombiano, la regulación de la prestación de estos servicios, es función del Estado a cargo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, como se verá en la Parte Tercera de este concepto, e incluye la estructuración de los cargos de interconexión que, por el mandato y los efectos del derecho comunitario andino, deben responder a los principios consagrados en la Decisión 462.

También hace notar la Sala que la Decisión 462 asignó una competencia clara, precisa y concreta a *la autoridad nacional* para decidir sobre la procedencia de la interconexión cuando el proveedor, en principio obligado, se niegue a realizarla.

Como se trata de una decisión de la Comisión de la Comunidad Andina, es una norma jurídica vinculante y de aplicación directa en el derecho interno y, por consiguiente, en la hipótesis de que *la autoridad nacional* de alguno de los países miembros no tenga tal competencia en la legislación correspondiente, debe entenderse que le ha sido asignada por la norma comunitaria; y en la hipótesis contraria, esto es, que en el derecho interno esté prevista la competencia en mención para la respectiva autoridad nacional, se procederá a la armonización que requieran las normas -comunitaria e interna- para su ejercicio, porque así lo exige el derecho comunitario y porque está expresamente ordenado en el artículo 33 de la Decisión 462:

*“Armonización de normas de interconexión. Los países miembros de la Comunidad Andina propenderán por la armonización de los requisitos, procedimientos y normas relativos a la interconexión”.*

Por su parte el artículo 32 de la misma Decisión 462 preceptuó:

*“Condiciones entre proveedores. Si un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las autoridades nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional”.*

Observa la Sala que el artículo 32 hizo referencia expresa a dos conjuntos de normas o principios bajo los cuales debe desarrollarse el proceso de integración y liberación del comercio de servicios de telecomunicaciones: el relativo a la libre competencia y el correspondiente a la interconexión, que, como se indicó, son tratados en los Capítulos VII y VIII, respectivamente.

Recuérdese, de una parte, que la Decisión 462 definió la interconexión como el enlace entre los proveedores de redes y servicios de transporte de telecomunicaciones para que los usuarios de los respectivos proveedores puedan comunicarse y acceder a los servicios que ofrecen; y de otra, que la libre competencia de acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia<sup>500</sup>, es el modelo económico vigente, es un “derecho de todos”, y su regulación jurídica es objeto del Derecho de Competencia que “*se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados*”.<sup>501</sup>

En las respectivas normativas, internas y comunitarias, el comercio de servicios de telecomunicaciones y el ejercicio de la libre competencia tienen autoridades propias responsables de la regulación, la vigilancia y el control.

<sup>500</sup> Constitución Política, artículo 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. / La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”

<sup>501</sup> Superintendencia de Sociedades, página web.

Por eso, el artículo 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina le indicó al proveedor solicitante de la interconexión que cuando observe posible desconocimiento o violación de “*las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia*” recurra “*ante las autoridades nacionales respectivas de la materia que se trate...*”.

Así, el uso del plural “autoridades nacionales” de la norma que se analiza responde al contexto normativo de la Decisión 462 que, se repite, reguló el comercio de los servicios de telecomunicaciones, y es diferente al de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, como se verá. Este comentario, al que se volverá, responde a una de las inquietudes planteadas por la consulta: que el uso del plural “autoridades nacionales respectivas” genera dificultades, por las diferentes interpretaciones que suscita frente al singular “autoridad de telecomunicaciones” a que se refiere la Resolución 432 de la Secretaría General, sobre interconexión.

El Capítulo IX de la Decisión 462 reguló el principio de transparencia en el sentido de comprometer a los países miembros en la publicidad de toda la normativa referente a “*cualquier asunto comprendido en esta decisión*”, así como de la información relativa a tarifas y demás condiciones del servicio público de transporte de telecomunicaciones, especificaciones de las interfases técnicas con esos servicios y redes, autoridades responsables de la elaboración y adopción de medidas de normalización que afecten el acceso y uso, y las condiciones aplicables a la conexión de equipo –terminal o de otra clase– a la red pública de transporte de telecomunicaciones.

En el Capítulo XIII, *Disposiciones transitorias*, se dio al Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones, CAATEL, un plazo no mayor de doce (12) meses, para presentar:

(i) las recomendaciones para la armonización de los requisitos y de los procedimientos para el otorgamiento de títulos habilitantes, y las definiciones comunes de los servicios de telecomunicaciones en los países miembros;

(ii) normas comunes de interconexión, para aprobación mediante resolución de la secretaría general de la Comunidad Andina; y

(iii) un programa de trabajo para establecer las recomendaciones para la armonización del espectro radioeléctrico, la numeración y la portabilidad numérica.

Huelga destacar el evidente propósito unificador de las tareas asignadas al CAATEL.

### **C. La Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina<sup>502</sup>**

El CAATEL, cumpliendo el mandato de la Comisión de la Comunidad Andina, propuso las normas comunes de interconexión, y la Secretaría General de la Comunidad Andina las adoptó mediante la Resolución 432.

502 Resolución 432 de 2000 (octubre 2), Lima Perú, “*Normas Comunes sobre Interconexión*”, Secretaría General de la Comunidad Andina. Vistos los literales g) del primer párrafo y f) del segundo párrafo del Artículo 3, el Capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, y las Decisiones 439, 440 y 462 de la Comisión de la Comunidad Andina; La Disposición Transitoria Segunda de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina. Entró en vigencia el 3 de octubre de 2000, fecha de su publicación en la Gaceta Oficial, por mandato del artículo 36: “Artículo 36. *La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*”.

Téngase presente que de acuerdo con los Tratados de creación y modificación del Tribunal Andino de Justicia –en ambos casos el artículo 1º respectivo–, las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina también forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad. Como tal, son derecho comunitario derivado y, por consiguiente, son vinculantes, aplican directamente y prevalecen sobre el derecho interno, a la vez que su aplicación e interpretación son de competencia del Tribunal Andino de Justicia<sup>503</sup>.

La Resolución 432 parte de reconocer el papel de las administraciones en la garantía de una interconexión adecuada de las redes para “*facilitar un desarrollo auténtico de las telecomunicaciones en la Subregión Andina*”, ofrecer comunicaciones satisfactorias para los usuarios y “*un desarrollo justo y adecuado en el mercado competitivo de las telecomunicaciones*”; y se centra en la interconexión, dada la obligación impuesta a los proveedores de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, y el *compromiso de los países miembros de propender a la “armonización de los requisitos, procedimientos y normas relativos a la interconexión”*, de conformidad con el artículo 33 de la Decisión 462.

Para el análisis de la Resolución 432 resulta necesario iniciar con una de sus disposiciones finales, el artículo 35, a cuyo tenor:

*“Artículo 35.- Para efectos de la interconexión, las partes deberán regirse por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión”.*

Hace notar la Sala que el precepto transcrito consagra de manera explícita las características de las normas comunitarias: aplicación directa y prevalente sobre el derecho interno y aplicación de este para llenar los vacíos de aquellas.

Como se irá viendo en el articulado que se estudia a continuación, la competencia de “la autoridad nacional” es uno de los puntos en los que incide la relación entre el derecho comunitario y el derecho interno, con las características anotadas. Tampoco puede perderse de vista que se trata de desarrollar el compromiso de los Estados Miembros de prohijar la “*armonización de los requisitos, procedimientos y normas relativos a la interconexión*”. En esa perspectiva se señala que el objeto de la Resolución es “*definir los conceptos básicos y obligaciones sobre los cuales se debe desarrollar la interconexión que se realice en cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina*” (artículo 1º); y que para efectos de su aplicación se prevé que “*rigen los términos y definiciones contenidos en los Reglamentos adoptados de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y la Decisión 462 de la Comunidad Andina*” (artículo 2º). Asimismo prevé su aplicación, junto con las Decisiones 439 y 462 y el derecho interno, a las situaciones tanto vigentes como futuras:

*“Artículo 3.- La interconexión en los casos vigentes y por realizarse en los Países Miembros de la Comunidad Andina se ajustará a las obligaciones establecidas en la presente Resolución, las Decisiones 439 y 462, así como las normas nacionales de cada País Miembro”.*

503 Artículo primero del tratado de creación del Tribunal de Justicia y artículo primero del Protocolo modificadorio suscrito en Cochabamba.

Esta disposición supone armonización del derecho comunitario y del derecho interno, pero con prevalencia del primero.

La Resolución 432 reguló prácticamente todos los aspectos atinentes a la interconexión y a los mecanismos establecidos para su realización, en principio con referencia a la legislación de cada país miembro. Estos mecanismos son (artículos 13 a 20):

a) Acuerdo Negociado entre operadores de redes públicas de telecomunicaciones, que debe ajustarse al procedimiento establecido por el derecho interno de cada país; y

b) Oferta Básica de Interconexión, que debe presentar el operador de redes públicas de telecomunicaciones “a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente”, para su aprobación. Esta aprobación tiene efecto vinculante entre el operador que presenta la oferta y cualquier operador de redes públicas de telecomunicaciones solicitante que se acoja a la misma.

Las partes pueden negociar mejores condiciones pero rigiéndose por la Resolución 432.

Además de regular el procedimiento para la oferta y su aprobación, la Resolución 432 impuso las cláusulas mínimas que deben contener tanto los acuerdos de interconexión como las ofertas básicas (artículo 17):

- a) *Los servicios a ser prestados mediante la interconexión.*
- b) *Los procedimientos que serán utilizados para el intercambio de la información necesaria, para el buen funcionamiento y control de la red pública de telecomunicaciones o de los servicios de telecomunicaciones para el mantenimiento de una calidad adecuada en los mismos.*
- c) *Las medidas a tomar por cada una de las partes, para garantizar la privacidad de las comunicaciones de los usuarios y de la información manejada en las mismas, cualquiera sea su naturaleza y su forma.*
- d) *Los procedimientos a seguir para el intercambio de cuentas, aprobación de facturas, liquidación y pago de las mismas.*
- e) *La duración del contrato y procedimientos para su renovación.*
- f) *Los mecanismos para la resolución de controversias relacionadas con la interconexión.*
- g) *Las causales para la suspensión o terminación del Contrato de Interconexión.*

Obsérvese que el contenido de las cláusulas mínimas obligatorias comprende aspectos técnicos, económicos, contractuales o de acuerdo de voluntades, y de solución de controversias, todos los cuales responden a una estructura integral del negocio jurídico y económico que, de acuerdo con las consideraciones de la Resolución 432, tiene por

finalidad garantizar una interconexión adecuada, unas comunicaciones satisfactorias para los usuarios, y “*el fomento y desarrollo justo y adecuado de un mercado competitivo...*”. Los artículos 18 y 20<sup>504</sup> se refirieron a los cargos de interconexión, su composición, sus finalidades y a sus condiciones de eficiencia, sostenibilidad y calidad en relación con la interconexión; y, en especial, el artículo 19 señaló:

*“Los acuerdos de interconexión y las ofertas básicas de interconexión contemplarán los cargos de interconexión a pagarse entre las partes, cuando estos no sean fijados por la Autoridad de Telecomunicaciones competente del País Miembro”.*

Reitera la Sala la manera como la Resolución 432 asignó competencias a *la Autoridad de Telecomunicaciones*, en armonía con el derecho interno, o en su defecto.

Para el caso consultado es importante el Capítulo IV: *SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS* (las subrayas son de la Sala):

*“Artículo 32. Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que estas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta.*

*Artículo 33.- Ninguna controversia, conflicto o incumplimiento de los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que se interconecten, podrá dar lugar a la desconexión, salvo que la Autoridad de Telecomunicaciones competente disponga lo contrario, en cuyo caso deberá dictar las medidas previas que se aplicarán con la finalidad de minimizar los efectos negativos para los usuarios de una o ambas redes. En todo caso, la interconexión solo podrá ser interrumpida o terminada, previa autorización de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, de conformidad con las causales establecidas en los correspondientes acuerdos de interconexión o en su legislación interna.*

*Artículo 34. Si transcurrido el plazo previsto en el artículo 13 las partes no llegan a un acuerdo o la Autoridad de Telecomunicaciones competente del País Miembro donde se realiza la interconexión no aprueba las condiciones del mismo, esta podrá, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, fijar las condiciones de la interconexión, de acuerdo con la normatividad andina y el procedimiento establecido en su legislación interna. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá pronunciarse en un plazo máximo de*

<sup>504</sup> Artículo 18. “Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio. Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios”. // Artículo 20. “La interconexión deberá ser económicamente eficiente y sostenible, atendiendo a cargos de interconexión orientados a costos que preserven la calidad de costos eficientes”.

*noventa (90) días calendario, contados a partir de la fecha en que se solicite la aprobación o se inicie el procedimiento administrativo”*

Observa la Sala que el artículo 32 de la Resolución 432 hace referencia, siempre en singular, a “la Autoridad de Telecomunicaciones” del país donde se realiza la interconexión, lo cual se explica porque la Resolución, como acaba de verse y se corrobora con su texto íntegro, solo regula “la interconexión”.

Retoma la Sala la preocupación expuesta en la consulta por las dificultades que al parecer se han presentado frente al uso de la expresión plural “las autoridades nacionales” de la Decisión 462 y el singular “la Autoridad de Telecomunicaciones” de la Resolución 432. Al respecto, después de revisadas ambas normativas en su integridad y en los artículos que se destacaron para efectos de este concepto, la Sala concluye, como ya lo anticipó, que la interconexión es un elemento dentro del “proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones”; que en el derecho interno tiene regulación especial y una autoridad responsable, por lo cual la Resolución 432 que es la reglamentación especial comunitaria, solo se refiere a ella.

Por el contrario, la Decisión 462 reguló el comercio del servicio de telecomunicaciones, con miras a lograr su integración y liberalización; y tanto el comercio como el servicio, al ser actividades económicas, están enmarcadas en el modelo de libre competencia, que, como se dejó dicho, es de regulación legal, tiene sus propias normas y principios y es atendido por una pluralidad de autoridades en el derecho interno.

De lo dicho se concluye que la inquietud planteada por el Ministerio consultante sobre este aspecto, tiene respuesta clara en la normatividad común y en el derecho interno. Es decir, carece de fundamento la interpretación que encuentra dificultad en las expresiones “las autoridades nacionales” del artículo 32 de la Decisión 462 y “la Autoridad de Telecomunicaciones” del artículo 32 de la Resolución 432, puesto que en el primer caso se hace referencia a dos instituciones jurídica, económica y técnicamente diferentes, interconexión y libre competencia, mientras que en el segundo caso se trata expresa y exclusivamente de la interconexión.

Ahora bien, en los artículos 32 a 34, transcritos atrás, la Resolución 432 reguló el procedimiento para la solución de “cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión”. La expresión “cualquier controversia” es indudablemente muy amplia, y así ha sido interpretada por el Tribunal Andino de Justicia. Los transcritos artículos 32 a 34 de la Resolución 432, atribuyeron a la Autoridad de Telecomunicaciones del respectivo país, la competencia para:

- (i) resolver las controversias cuando las partes directamente no puedan ponerse de acuerdo,
- (ii) decidir sobre “la desconexión”, interrupción o terminación de la interconexión por “las causales” establecidas en los acuerdos de interconexión o por la “legislación interna” y

- (iii) aprobar las condiciones de la interconexión “de acuerdo con la normatividad andina y el procedimiento establecido en (la) legislación interna”.

Es clara la norma comunitaria en asignar competencias a la Autoridad de Telecomunicaciones, en punto a las controversias que surjan por la ejecución de la interconexión, pero es igualmente clara en remitir su ejercicio a la normatividad andina, porque es prevalente, y a la legislación interna que, como ya se anotó, suple los vacíos de la primera.

La Resolución 432 – como tampoco la Decisión 462 - hace mención alguna a la naturaleza jurídica de la Autoridad de Telecomunicaciones ni a la de las funciones que en el derecho interno le corresponden. Tampoco el texto de las normas comunitarias en comento permite inferir efectos respecto de tales naturaleza y funciones, pues su propósito es unificar el régimen del comercio del servicio de telecomunicaciones y de la interconexión que el servicio requiere, en tanto se trata de un sector que desde el origen del proceso de integración se identificó como necesario para el logro de los objetivos del proceso.

Es decir, para el caso de Colombia, como se analiza en la Parte tercera de este concepto, “la Autoridad de Telecomunicaciones” es la Comisión de Regulación de Comunicaciones, organismo de naturaleza administrativa que cumple funciones administrativas.

La aplicación de la norma común, en materia de solución de conflictos originados durante la ejecución de la interconexión, tiene el alcance de adicionar sus funciones en los términos y el procedimiento previstos en la Resolución 432, así como en los asuntos que comprende la expresión “ejecución de la interconexión”. Esta asignación de funciones no varía la naturaleza de la institución ni de sus funciones, pues la norma comunitaria nada dice al respecto; y tampoco tal variación sería necesaria atendida la naturaleza y alcance de las funciones que la Comisión tiene en el derecho interno.

Por otra parte, que las autoridades comunitarias puedan asignar competencias a una autoridad interna, es expresión de la voluntad soberana de los estados que crearon el proceso de integración bajo el concepto de supranacionalidad que, como se vio, tiene rango constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano. Estima la Sala que si la asignación de competencia en comento se interpretara con el alcance de modificar la naturaleza jurídica de la autoridad nacional y de las funciones que le asigna la legislación nacional, se estaría dando al derecho comunitario un alcance que no tiene.

Tal alcance no está planteado ni en los pronunciamientos del Tribunal Andino de Justicia ni en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ambas corporaciones han consolidado una línea jurisprudencial en el sentido de reconocer y dar aplicación a la Decisión 462 y a la Resolución 432, con el alcance que el Derecho Comunitario impone, esto es, con el reconocimiento de la competencia asignada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones por la norma andina para la solución de las controversias en cuestión.

La Sala encuentra también que para el análisis de las normas comunitarias en el proceso de integración subregional andino, es elemento de especial consideración que los órganos comunitarios, incluido el CAATEL, se integran con los representantes de los países miembros. Lo cual significa que el Estado Colombiano y sus autoridades han intervenido activamente en la adopción de la normatividad que constituye el ordenamiento jurídico andino.

## **D. Las interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino de Justicia y las decisiones del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera y Subsecciones**

### **D.1. Las interpretaciones prejudiciales**

Los pronunciamientos del Tribunal Andino de Justicia han consolidado una línea de interpretación uniforme sobre el alcance de las normas comunitarias en torno a las competencias de las autoridades nacionales de telecomunicaciones para la solución de las controversias que pueden ocurrir en la ejecución de la interconexión.

#### **Proceso 03-AI-2010<sup>505</sup>**

Para iniciar, estima la Sala conveniente una breve referencia a la decisión del Tribunal Andino de Justicia, en el Proceso 03-AI-2010, porque la consulta anota que dicho tribunal obligó a los tribunales de arbitramento a requerir su interpretación prejudicial. En efecto, la mencionada decisión analizó la obligación de los jueces nacionales de requerir el pronunciamiento previo del Tribunal Andino en los casos establecidos en las normas comunitarias y reiteró que su omisión configura una violación al debido proceso, porque se trata de un “*requisito previo*” a la decisión que “*debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo*” por ser “*un tema regulado por una norma supranacional*”. Y más adelante explicó:

*“Alcance del término juez nacional. Con ocasión de los procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, este Tribunal Comunitario amplió el concepto de juez nacional, a efectos de determinar quiénes podían solicitar una interpretación prejudicial. En este sentido, se incluyó dentro de este concepto a las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales, como era el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, que solicitó la interpretación prejudicial. Es decir, el Tribunal amplió el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales y que actúen como única o última instancia ordinaria. En este contexto, deriva necesario determinar si los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, por tanto, se encuentran incluidos dentro del concepto anterior. Por ello, teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, otorgadas al primero por las partes en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y al segundo por el Estado, se puede concluir que los árbitros en*

505 Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ESP, (ETB S. A. ESP) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Decisión del 26 de agosto de 2011.

derecho también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa, como ya se expuso.

*La obligatoriedad de solicitar interpretación prejudicial en los procesos de arbitraje. Si la calidad de juez nacional alcanza a los árbitros, no se encuentra impedimento para que ellos lo soliciten directamente, máxime si con este medio de solución de controversias se persigue una justicia más rápida y sin dilaciones. (...).*

Así, la decisión del Tribunal Andino no puede leerse como la imposición de una obligación a los árbitros sino como necesaria consecuencia de la naturaleza jurisdiccional de la función arbitral consagrada en el derecho interno colombiano.

De otra parte, en la misma decisión que se comenta, el Tribunal Andino, con base en pronunciamientos suyos anteriores, reiteró:

*“... La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la ‘teoría del acto claro’ no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino” (Proceso 04-IP-94, publicado en la G.O.A.C. N° 189, de 15 de septiembre de 1995, caso: EDEN FOR MAN (etiqueta))”; que “... En los casos en que la consulta de interpretación prejudicial es obligatoria — jueces nacionales de única o de última instancia ordinaria—, el planteamiento de la solicitud lleva consigo la suspensión del proceso interno hasta el pronunciamiento del Tribunal Comunitario, el cual se constituye en un presupuesto procesal de la sentencia de obligatorio cumplimiento (Proceso 06-IP-99, publicado en la G.O.A.C. N° 468, de 12 de agosto de 1999, caso: HOLLYWOOD LIGHTS) que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo (Caso: Nombres de publicaciones periódicas, programa de radio y televisión y estaciones de radiodifusión), y cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales (Proceso 11-IP- 96, publicado en la G.O.A.C. N° 299, de 17 de octubre de 1997, caso: BELMONT)...”*

En la precedente transcripción, la Sala destaca que desde 1995 los pronunciamientos del Tribunal Andino expresan una posición uniforme acerca de la obligatoriedad de la interpretación prejudicial y el efecto de anulabilidad que su omisión acarrea, pues se configura como “una clara violación al principio fundamental del debido proceso”.

A la obligatoriedad de la consulta se agrega la obligatoriedad de su contenido, por tratarse del pronunciamiento de una autoridad supranacional que, dentro del proceso de integración, ha sido facultada para interpretar el ordenamiento jurídico andino de manera uniforme, con el objeto de garantizar la realización de los objetivos del mismo proceso. Por último cabe anotar que definió la interpretación prejudicial, así:

*“... “La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los Tribunales de cada uno de los Países Miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el Derecho Comunitario, con base a la interpretación del contenido, sentido y alcance de la norma comunitaria que le corresponde realizar, en*

*forma privativa, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el objeto de lograr su aplicación uniforme en los Países Miembros”. (Proceso 131-IP-2003, publicado en la G.O.A.C. N°. 1041 de 4 de marzo de 2004, marca, COLIBRÍ y logotipo)”*

### PROCESO 16-IP-2014<sup>506</sup>

Con referencia al artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, los artículos 122 (consulta facultativa<sup>507</sup>) y 123 (consulta obligatoria) del Estatuto del mismo Tribunal, los artículos 30 y 32 de la Decisión 462 de la Comisión Andina y los artículos 32, 34 y 35 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Tribunal reiteró que su función es:

*“... la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance: función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia.”<sup>508</sup> No obstante, el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”<sup>509</sup>*

Y concluyó:

*“Al existir disposición andina que de manera concreta delimita que la competencia para la resolución en asuntos de conflictos de telecomunicaciones es la autoridad nacional, se concluye que la CRC es quien posee la potestad de resolver el caso en estudio y definir las condiciones en las cuales debe solucionar el conflicto de interconexión suscitado entre las partes”.* (Subraya en el original).

### PROCESO 79-IP-2014<sup>510</sup>

El Tribunal analizó: (i) la “preeminencia de la norma comunitaria andina”; (ii) la naturaleza del contrato de interconexión; (iii) la autoridad nacional competente para resolver los conflictos de interconexión con referencia a las Decisiones 439 y 462 de la Comisión de la Comunidad Andina.

<sup>506</sup> “Interpretación prejudicial del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; así como de los artículos 122 y 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y al considerarse que el asunto es de orden andino se interpretaran el inciso final del artículo 30 y 34 de la Decisión 462 y los artículos 32 y 34 de la Resolución 432 y de oficio el artículo 32 de la Decisión 462 y 35 de la Resolución 432. Órgano nacional consultante: Consejo de Estado Demandante: TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A. Demandada: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP (ETB) Asunto: “Obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial y condiciones para la interconexión de Redes o Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones””.

<sup>507</sup> Estatuto del Tribunal Andino de Justicia, Artículo 122. Consulta facultativa. “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso”. // Artículo 123.- Consulta obligatoria. “De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

<sup>508</sup> (Cita de la Decisión en el Proceso 16-IP-2014) Sentencia de 3 de septiembre de 1999, emitida en el proceso 30-IP-99, caso “DEMIN”.

<sup>509</sup> (Cita de la Decisión en el Proceso 16-IP-2014) Testimonio Comunitario del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, Artes Gráficas Señal. Impresañal Cia. Ltda. Quito, Ecuador, p. 565, año 2004.

<sup>510</sup> Interpretación prejudicial, a petición del juez consultante, de los artículos 80 del Acuerdo de Cartagena, 2 y 23 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina, 1, 2, 3, 4, 29, 30 y 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, y 1, 3, 6, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 32 y 35 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina y, de oficio, del artículo 28 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta solicitada por el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las controversias entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. (Comcel S.A.) vs. UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. Actor: Comcel S. A.

Sobre el primer tema afirmó:

*“El Tribunal ha consolidado como principio fundamental del Ordenamiento Comunitario Andino el de “Preeminencia del Derecho Comunitario Andino”, soportándolo en otros principios: el de “Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino”, el de “Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino”, y el de “Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino”.*

Los principios enunciados por el Tribunal corresponden a las características de las normas que por emanar de organismos supranacionales configuran el derecho comunitario, como se dejó explicado, con el efecto de prevalencia frente al derecho interno, respecto del cual relacionó decisiones precedentes desde 1986<sup>511</sup>.

Respecto del contrato de interconexión, destacó que para “la adecuada interpretación” de la Decisión 462 y de la Resolución 432 es necesario determinar su finalidad, con base en que:

*“... Lo que se pretendió es que los Países Miembros, mediante la liberalización del servicio público de telecomunicaciones, alcanzaran un fuerte nivel de competitividad externa y se insertaran en el esquema de la globalización, pero propugnando por la protección de la libre competencia, el bienestar social con la salvaguardia integral del consumidor final de los servicios públicos de telecomunicaciones, y un esquema eficiente y transparente en la prestación. Para esto, la normativa andina buscó generar ciertas bases conceptuales y operativas para lograr una adecuada armonización de las normativas nacionales en materia de interconexión. (...)”*

Explicó que *“el contrato de interconexión si bien se soporta en el principio de la autonomía de la voluntad privada, ya que le otorga margen de libertad a los proveedores para pactar ciertos aspectos técnicos, económicos y operativos, tiene un objeto de contenido eminentemente público y, en consecuencia, es estrictamente regulado, vigilado, inspeccionado y monitoreado por los organismos públicos competentes...”,* situación que en el derecho comunitario se refleja en el *“énfasis a lo “público” en relación con el servicio de telecomunicaciones”*, como se evidencia desde el artículo 1º de la Decisión 462 que definió su objetivo como *“el fomento del proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar la creación de un Mercado Común Andino de servicios, contribuyendo así al proceso de integración de la Subregión Andina”*.

Finalmente analizó y reiteró que, de acuerdo con el artículo 32 de la Decisión 462, existe *“... expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para resolución de*

<sup>511</sup> *“Dicha posición ha sido reiterada en suficiente jurisprudencia de este Honorable Tribunal: Proceso 118-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1206, de 13 de junio de 2005; Proceso 117-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1156, de 10 de mayo de 2005; Proceso 43-AI-2000. Sentencia de 10 de marzo de 2004, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1079, de 7 de junio de 2004; Proceso 34-AI-2001. Sentencia de 21 de agosto de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 839, de 25 de septiembre de 2002; Proceso 7-AI-98. Sentencia de 21 de julio de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 490, de 4 de octubre de 1999; Proceso 2-IP-90. Interpretación Prejudicial de 20 de septiembre de 1990, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 69, de 11 de octubre de 1990; Proceso 2-IP-88. Interpretación Prejudicial de 25 de mayo de 1988, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, de 26 de junio de 1998; Proceso 02-AN-86. Sentencia de 16 de abril de 1986, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 21, de 15 de julio de 1987, entre otras”.*

*conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna”, al igual que el artículo 32 de la Resolución 432 “le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión, para solucionar las controversias que se susciten por este evento. Esto significa que ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; la voluntad del legislador comunitario es clara: la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente, que en el caso colombiano es la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), hoy denominada “Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC). “*

De manera que la competencia de la autoridad nacional es exclusiva y excluyente, como ha reiterado el Tribunal en ejercicio de su función de interpretación prejudicial, a lo cual agregó en la decisión que se comenta:

*“El Tribunal considera importante ahondar un poco más en la siguiente cuestión: ¿cuándo tiene competencia la Autoridad de Telecomunicaciones para la solución de controversias en materia de telecomunicaciones?:*

- Cuando estemos en frente de cualquier controversia en la “ejecución de la interconexión”, es decir, cuando se esté poniendo en práctica el contrato de interconexión. Cuando se habla de cualquier controversia se debe entender en relación con asuntos o temas incluidos en el contrato, o que aunque no se incluyan en el mismo se desprendan de él, o se presenten con ocasión de la ejecución del contrato. Esto quiere decir que la competencia de la autoridad en telecomunicaciones no se da únicamente en relación con los asuntos contenidos en los artículos 16, 17 y 19 de la Resolución 432, sino de cualquier otro tema que se desprenda del contrato al ser ejecutado, o de situaciones que se presenten o se desprenda de su propia puesta en marcha”.

## **D. 2. La jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en general, y de la Sección Tercera en particular**

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sus distintas secciones, no solo en la Sección Tercera, ha analizado el alcance del ordenamiento jurídico derivado del proceso de integración subregional andino, a partir del reconocimiento del concepto de supranacionalidad y de las características del derecho comunitario. En criterio de esta Sala de Consulta, un breve repaso de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo resulta interesante como elemento de juicio para mejor entender los fundamentos y alcances del derecho comunitario andino en el sector de las telecomunicaciones, en torno a lo cual gravita la consulta.

Sentencia del 19 de diciembre de 1988<sup>512</sup> –Sala de Decisión– Sección Primera:

<sup>512</sup> SALA DE DECISIÓN / SECCIÓN PRIMERA, Radicación número: 593. Recurso ordinario de súplica contra auto de 14 de octubre de 1988 del Consejo ponente que negó petición de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia Andino de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena...

*A través de la interpretación que se le confía al Tribunal de Justicia Andino de las disposiciones que conforman la normatividad del Acuerdo de Cartagena, se persigue que haya una unidad de criterio sobre el significado y contenido del derecho comunitario para que sea este el que prevalezca y no la interpretación de los diferentes Tribunales nacionales.*

*Es así entonces que en tratándose de asuntos de última instancia no susceptibles de recursos –cuál es el evento sub lite– y en los cuales deban aplicarse algunas de las normas del ordenamiento supranacional en cuestión, el Juez nacional “... suspenderá el procedimiento y solicitará interpretación del Tribunal de oficio, en todo caso o a petición de parte si lo considera procedente” (art. XXIX del Tratado que crea el Tribunal del Acuerdo de Cartagena) (Se subraya).*

*La presente causa se funda en algunas normas del Acuerdo de Cartagena que deben ser interpretadas por el Tribunal Andino. Se trata entonces, en las circunstancias vistas, de una causal de suspensión del proceso, cuya inadvertencia podría dar lugar a la nulidad del mismo (art. 152, ordinal 5° del C. de P. C. en armonía con el art. 165 del C. C. A.).*

- Sentencia de 11 de mayo de 1990<sup>513</sup> - Sección Primera

*En la interpretación prejudicial solicitada por esta Sección al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, al referirse al artículo 5 en mención, dice que “el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros”. “Asimismo ha de recordarse que, según jurisprudencia de este Tribunal, son características inherentes al ordenamiento del Pacto Andino su identidad y autonomía propias, que constituye un derecho común, forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales sin que puedan oponerse a él medida (sic) o actos unilaterales de los Países Miembros”.*

*Se colige, de lo transcrito, que la interpretación del alto Tribunal Internacional concuerda con lo afirmado por el demandante en cuanto a la preeminencia del derecho comunitario y, de ahí, que se afirme igualmente que el Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria, implicando tal afirmación que una norma nacional que aparentemente lo contradiga queda supeditada a él. No es otro el espíritu de la interpretación teleológica como método funcional en la valoración de las normas comunitarias que busca, con las realizaciones conjuntas, el logro de objetivos comunes. Dicho por otra parte, la interpretación prejudicial, que dentro de las prácticas del derecho internacional “deberán tenerse en cuenta los principios de libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda, universalmente reconocidos, y apoyando su afirmación en la misma convención cuando señala que “Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26) y establece que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de un tratado ....” (artículo 27). Ello, en verdad, significa y traduce el postulado jurídico de lo que se conoce como derecho comunitario, como expresión que es, a su vez de una especie de autolimitación estatal. Empero, ese contenido preceptual, en el caso sub-lite no ha sido desconocido, ni*

<sup>513</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación número: 1068. Acción de Nulidad de los artículos 2, 24 y 26 del Decreto 1265 de 1987, “Por el cual se reglamenta la decisión número 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y se dictan otras disposiciones”.

*por su forma ni por su objeto, como que la disposición reglamentaria, como se deduce de la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia de Cartagena, enmarca su previsión y efectos, sin implicar desmedro a la supradicha disposición, ni se advierte cómo por el señalado objeto, de la reserva establecida para actividades de inversionistas nacionales, pueda generar quebranto o entrar en contradicción con la misma.*

- Sentencia del 8 de noviembre de 1991<sup>514</sup> – Sección Primera

*En efecto, determina el artículo XXIX del mencionado Tratado que si la sentencia que ha de recaer sobre un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, “, no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará la interpretación del Tribunal, de oficio, en todo caso, o a petición de parte si la considera procedente”. Efectivamente, la precisión de los términos en que esté concebido el mencionado artículo XXIX del Tratado no subordina la decisión del juez nacional de solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia a ninguna condición diferente a la existencia misma del proceso y a que en él deba aplicarse alguna norma comunitaria, independientemente de que en aquel juegue un rol trascendental el aspecto probatorio, a juicio del juzgador.*

*Además, debe tenerse en cuenta que la principal misión del Tribunal es la de velar por el mantenimiento del principio de legalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico andino, lo cual solo será susceptible de garantizarse mediante la interpretación armónica de las normas que lo integran, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros, tal como lo predica el artículo XXVIII del mencionado Tratado.*

- Sentencia del 4 de mayo de 1995<sup>515</sup> – Sección Primera

*El tratado que creó el Tribunal Andino de Justicia del acuerdo de Cartagena fue aprobado por la Ley 17 de 13 de febrero de 1980. En dicho Tratado se estipuló en su artículo I que el ordenamiento jurídico de Cartagena comprendía, entre otras, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. El artículo XVII ibídem consagró la competencia del referido Tribunal Andino para declarar la nulidad de las Decisiones y de las Resoluciones en virtud de la demanda que podían incoar los países miembros o las personas naturales o jurídicas, cuando tales Decisiones les sean aplicables y les causen perjuicios (artículo XIX). En el evento sub-lite el artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no puede ser susceptible de inaplicabilidad, como lo sería si tuviera esta Corporación que pronunciarse frente a la excepción de inconstitucionalidad planteada, por cuanto tal disposición es desarrollo de un Tratado que aprobó la creación del Tribunal Andino de Justicia y respecto de las decisiones emanadas del mismo el Tratado señaló los mecanismos para su impugnación y el órgano encargado de su juzgamiento. Como reiteradamente lo ha precisado esta Corporación, una vez aprobado y perfeccionamiento de un Tratado, los actos de las autoridades comunitarias que dimanen de él, aun cuando producen efectos en el ámbito interno, en cuanto a su juzgamiento cambian de Juez, como ocurre en este caso*

514 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación No. 1156, Acción de nulidad.

515 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación No. 2245. Acción de nulidad.

*con las normas de las Decisiones expedidas por el Tribunal del Acuerdo de Cartagena. Por lo anterior habrá de abstenerse la Sala de hacer pronunciamiento alguno al respecto por falta de jurisdicción.*

Auto del 27 de abril de 2006<sup>516</sup> – Sección Primera

2. *Las normas que la demandante considera manifiestamente violadas por el acto acusado pertenecen al Ordenamiento Jurídico Andino y, por ende, su aplicación en este caso se encuentra sujeta a la interpretación que le corresponde hacer al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, según lo dispone el artículo 32 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina, a través de la cual se codificó el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la misma Comunidad (Protocolo de Cochabamba), aprobado mediante la Ley 457 de 1998, como quiera que dicha interpretación debe ser adoptada por los jueces nacionales, tal como lo prevén el inciso segundo del artículo 33 y el artículo 35 ibídem.*

*Conforme con lo anterior, la Sala encuentra que no es posible hacer la confrontación directa de las mencionadas disposiciones andinas con las del acto administrativo demandado cuya suspensión provisional se solicita, toda vez que ello implicaría, necesariamente, fijar su alcance, tarea que, como ya se dijo, corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando se pronuncie en la interpretación prejudicial que en el momento procesal oportuno se le solicite, pues de lo contrario se violaría el ordenamiento jurídico comunitario.*

- Auto de 9 de abril de 2015<sup>517</sup> – Sección Primera

*Respecto de la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos cuando se invocan como vulneradas normas comunitarias, en este caso, los artículos 15 (literal a), 16, 18, 20 (literal d), 21, 25 y 30 de la Decisión 486 de 2000, la Sala en reiteradas oportunidades, se ha pronunciado en el sentido de señalar la improcedencia de la medida, porque se requiere de la interpretación prejudicial proveniente del Tribunal de la Comunidad Andina, para precisar el alcance y aplicación de las normas invocadas como violadas.*

- Sentencia de 15 de junio de 2001<sup>518</sup> – Sección Cuarta

*Como se observa, la interpretación prejudicial a que se refiere las citadas disposiciones versa sobre las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, y no sobre las normas que integran el derecho interno nacional. Adicionalmente, la interpretación prejudicial solo está prevista en el evento en que las normas que conforman dicho ordenamiento supranacional deban aplicarse a un proceso específico, cuyo conocimiento corresponda a los jueces nacionales.*

516 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación No. 11001-03-24-000-2005-00277-01, acción de nulidad.

517 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación No. 11001-03-24-000-2012-00364-00.

518 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Rad. No. 11001-03-27-000-2000-0706-01(11105).

- Sentencia del 6 de diciembre de 2005<sup>519</sup> – Sala Especial de Decisión 1C de lo Contencioso Administrativo

*Como lo ha manifestado la Sala Plena de esta Corporación (520), el artículo 31 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia Andino no se limita a señalar el comportamiento del juez al momento de proferir el fallo, sino que consagra a favor de las partes un derecho, por lo que se trata de una disposición sustancial, que puede ser invocada para sustentar el recurso extraordinario de súplica.*

### **Jurisprudencia Sección Tercera – Controversias sobre interconexión – Recursos de anulación de laudos arbitrales**

- a) La línea jurisprudencial de la Sección Tercera en punto al recurso de anulación de laudos arbitrales, es reiterada de manera expresa en las decisiones relacionadas con el tema de la consulta.

En síntesis, con referencia al artículo 116 de la Constitución Política y las disposiciones legales que han regido el proceso arbitral en el Derecho Colombiano, en especial la Ley 446 de 1998<sup>521</sup>, el Decreto Ley 1818 de 1998<sup>522</sup> y la Ley 1563 de 2012<sup>523</sup>, la jurisprudencia en comento no difiere en los siguientes elementos<sup>524</sup>:

- (i) El recurso de anulación *“procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme”*, excepción que es *“a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación”*. Es el llamado *“principio dispositivo”* conforme al cual *“específicamente, no le es permitido al juzgador indagar en lo expresado por el recurrente, en su impugnación, para inferir la causal invocada y menos aún adentrarse a estudiar aspectos omitidos en la formulación y argumentación del recurso; por tanto, su estudio deberá realizarse únicamente respecto de los cargos expresamente planteados...”*
- (ii) Por su carácter restrictivo, *“su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto”*; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley.

519 Sala Especial Transitoria de Decisión 1C de lo contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2000-00499-01(S)- Recurso extraordinario de súplica. [(61) Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia 1995-00005 del 15 de marzo de 2005, M. P. Héctor J. Romero Díaz].

520

521 Ley 446 de 1998 (julio 7), *“por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*.

522 Decreto ley 1818 de 1998, *“Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”*.

523 Ley 1563 de 2012 (Julio 12) *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*.

524 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, **sentencia del 21 de mayo de 2008, Radicación No. 10001-03-26-000-2007-00008-00(33643)** Citas: Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, M. P. Daniel Suárez Hernández; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, M. P. Juan de Dios Montes Hernández. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, M. P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, M. P. Daniel Suárez Hernández. // Sentencia Sección Tercera Sala Plena, de 9 de agosto de 2012, C. P., Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281); Sentencia de 2 de diciembre de 2015, Sección Tercera, Subsección A, C. P. Hernán Andrade Rincón, Radicación: 110010326000201500030-00 (53.182).

- (iii) El recurso no es ni puede usarse como una instancia. Su finalidad es “*cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales)*”; y no por *errores in judicando*, por razones de mérito o de fondo.
- (iv) Excepcionalmente, el juez puede corregir o adicionar el laudo cuando prospera la causal de anulación por incongruencia.
- b) Con relación al objeto de la consulta, la jurisprudencia de la Sección Tercera se fundamenta en el Derecho Comunitario Andino y en la obligación de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones la interpretación prejudicial sobre las normas comunitarias aplicables en el comercio de servicios de telecomunicaciones, incluidas las relaciones de interconexión, reguladas para los países miembros en la Decisión 462 de 1999 y en la Resolución 432 de 2000.

Así, en Sala Plena por la importancia jurídica del tema, la Sección Tercera<sup>525</sup>, en Auto del 9 de febrero de 2012, procedió a “*ordenar unas actuaciones encaminadas a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro de las providencias proferidas el 26 de agosto y el 15 de noviembre de 2011*”, para decidir el recurso de incumplimiento que ante dicho Tribunal Andino había propuesto la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá porque en el trámite de los recursos de anulación de tres laudos arbitrales<sup>526</sup> había sido negada su solicitud de requerir la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “*respecto de los artículos 3, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432*”.

El Tribunal de Justicia en su decisión ordenó al Consejo de Estado “*De conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano, dejar sin efecto las providencias que resolvieron los recursos de anulación*”. Luego, mediante la sentencia del 9 de agosto de 2012, la Sala Plena de la Sección Tercera<sup>527</sup> procedió “*en su condición de Juez Comunitario y dentro del marco determinado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a dar cumplimiento a aquello que dispuso dicho Tribunal de Justicia a través de la sentencia que profirió el 26 de agosto de 2011 y su auto aclaratorio de noviembre 15 del mismo año en el proceso identificado con el No. 03-AI-2010*”.

Se lee en la sentencia del 9 de agosto de 2012, que la Sala “*...ejerce su competencia como Juez Comunitario, en los precisos términos del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 472, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y teniendo en cuenta lo señalado por este Tribunal Comunitario en sus mencionadas providencias de agosto 26 y noviembre 15 de 2011 y con el exclusivo propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto por el referido Tribunal Comunitario en dichos pronunciamientos, los cuales, por consiguiente, determinan de manera puntual el ámbito material de las atribuciones y de la*

525 Sección Tercera – Sala Plena, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, Auto de 9 de febrero de 2009 y sentencia del 9 de agosto de 2009, Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045).

526 Radicaciones Nos. 10001-03-26-000-2007-00008-00 (33.643), 11001-03-26-000-2007-00009-00 (33.644) y 11001-03-26-000-2007-00010-01 (33.645).

527 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de agosto 9 de 2012, Radicación No. 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).

*competencia en cuya virtud la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado expide la presente decisión y adopta las determinaciones que en ella se contienen”.*

La sentencia se refirió a:

- (i) La supranacionalidad, como “el núcleo derecho comunitario andino”, pues con ella “*lo que se pretende, en la práctica, es crear una organización que pueda impulsar un proceso de integración sin las trabas, los formalismos y las solemnidades propios del Derecho Internacional ordinario, a través de la utilización de mecanismos más amplios, directos y expeditos que los de las relaciones políticas o comerciales tradicionales: la conformación de una organización dotada por los Estados que la crean ‘mediante cesión que estos le hacen al formarla’ de competencias de ejercicio autónomo, tanto de naturaleza normativa, como administrativa y jurisdiccional, lo cual supone el reconocimiento, en favor de los órganos comunitarios, de la capacidad para producir regulaciones y para adoptar decisiones, administrativas o jurisdiccionales, que sustituyen las de los Estados en la respectiva materia y que tienen en todos los países integrados un valor uniforme, esto es idénticos efectos tanto frente a los Estados mismos como frente a sus habitantes”.*
  
- (ii) Los principios que informan el derecho comunitario andino: “*a.) el derecho comunitario andino se integra automáticamente al ordenamiento jurídico interno y su aplicación es directa e inmediata; b.) el derecho comunitario andino “es susceptible de crear, por él mismo, derechos y obligaciones” que pueden invocarse por los tribunales (como para el caso en concreto mediante la sentencia de agosto de 2011, es posible extraer por el Consejo de Estado una causal tendiente a dejar sin efectos decisiones judiciales y la nulidad de laudos arbitrales, diferentes a las ordinarias, que se integra al sistema normativo colombiano); c.) el derecho comunitario andino hace parte del orden jerárquico del ordenamiento jurídico interno con rango de primacía”.*

Destaca la Sala el literal b) del aparte transcrito, en cuanto a la configuración de una causal adicional de anulación de los laudos arbitrales, con fundamento en la normatividad comunitaria y sus efectos en el derecho interno. Continúa la sentencia:

*Las decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en agosto 26 y noviembre 15 de 2011, con ocasión del presente asunto, han puesto de presente que, con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal, las autoridades jurisdiccionales de los Países Miembros, entre las cuales deben incluirse los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del*

*derecho comunitario andino, por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento, constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad, durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante, ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, según lo entendió el TJCA en sus aludidos pronunciamientos, siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino. Por consiguiente, al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo. Dicha causal de anulación es, precisamente, la que servirá de fundamento, según se expondrá a continuación, para que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en desarrollo del derecho comunitario andino y en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sus plurimencionadas decisiones de agosto 26 y noviembre 15 de 2011, declare la nulidad del también antes mencionado laudo arbitral que, dentro del presente asunto, se profirió en diciembre 15 de 2006.*

El contenido de la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, que se deja enunciado, informa la jurisprudencia de las Subsecciones de la misma Sección.

Por ejemplo, la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2015<sup>528</sup>, a la cual se refiere de manera puntual la consulta e incluso incorpora a la segunda pregunta que se formula a esta Sala, se refiere a la *prevalencia del ordenamiento jurídico andino respecto de las normas jurídicas de los países miembros*, a las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus efectos vinculantes, y a la autoridad competente para resolver las controversias en materia de interconexión, con fundamento en las normas comunitarias, la Decisión 462 y la Resolución 432, emanadas de la Comisión y de la Secretaría General de la Comunidad Andina, respectivamente.

Posteriormente, otras sentencias<sup>529</sup> como las de fechas 2 de diciembre de 2015 y 3 de agosto de 2016, reiteran la posición jurisprudencial que analiza el proceso de integración subregional andino, su configuración a partir del concepto de supranacionalidad, el fundamento y contenido del derecho comunitario andino y, en especial, las normas comunes sobre el comercio de los servicios de telecomunicaciones y sobre interconexión, y sus efectos respecto de las competencias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la solución de controversias, de conformidad con los parámetros definidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en ejercicio de su función de interpretación de la normatividad común, así como la causal adicional de anulación de los laudos arbitrales por no solicitar o acatar dicha interpretación. Dice la sentencia del 2 de diciembre de 2015:

528 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación No. 11001-03-26-000-2015-00018-00 (53054).

529 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 2 de diciembre de 2015, Radicación: 110010326000201500030-00 (53.182); Sección Tercera, Subsección C, C. P., Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 3 de agosto de 2016, Radicación No. 11001-03-26-000-2015-00089-00 (54.315).

*2.4.2 Debe añadirse al elenco de causales precedentemente referido, como lo ha expresado la Sección Tercera del Consejo de Estado, la derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el Derecho Comunitario Andino a los jueces nacionales, de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la Interpretación Prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven y de acatar el respectivo pronunciamiento de dicho Tribunal supranacional.*

*Ello con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal, disposiciones por cuya virtud las autoridades jurisdiccionales de los Países Miembros, entre las cuales deben incluirse los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento –o el desconocimiento de dicho pronunciamiento pese a haber solicitado– constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, cuestión esta última excepcional –que se pueda decretar de oficio– siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino.*

Con base en las dos partes expuestas hasta aquí, la Sala concluye:

1. Con la reforma constitucional de 1968 y la Constitución Política de 1991, el Estado Colombiano, a través de sus órganos Ejecutivo y Legislativo, está facultado para suscribir tratados internacionales con otros estados, en los cuales se constituyan organismos y autoridades supranacionales, con la finalidad de adelantar y consolidar procesos de integración económica (inicialmente), tanto como social y política.
2. El proceso de integración de la Subregión Andina, iniciado en 1969, se inició y se ha desarrollado bajo el concepto de supranacionalidad, con organismos habilitados para expedir normas comunes vinculantes y prevalentes, y con el compromiso por parte de los estados miembros de armonizar sus políticas económicas y sociales y aproximar las legislaciones nacionales en las materias acordadas, como uno de los mecanismos definidos para lograr el propósito y los objetivos que impulsaron el inicio de dicho proceso.
3. La interpretación del derecho comunitario se ha transferido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para garantizar su uniformidad, confiriéndole de manera expresa carácter vinculante.
4. El sector de las telecomunicaciones, definido desde el Tratado de creación del proceso de integración subregional como uno de los campos de acción conjunta para prevenir situaciones que pudieran afectar de manera negativa el proceso de

integración, ha sido regulado de manera integral por normas comunitarias que buscan la liberalización del comercio de los servicios y regulan los aspectos básicos y los elementos esenciales de la interconexión.

5. El Tribunal de Justicia, en ejercicio de la competencia de asegurar que el derecho comunitario sea aplicado de manera uniforme en los países miembros, ha construido una línea jurisprudencial vinculante respecto de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina y de la Resolución 432 de la Secretaría General de la misma comunidad, en el sentido de:
  - (i) la autoridad nacional de telecomunicaciones, en Colombia, es la autoridad interna competente para conocer de las controversias en la ejecución de la interconexión cuando los proveedores del servicio no pueden llegar a un arreglo directo;
  - (ii) la competencia que el derecho comunitario le asigna a la autoridad nacional de telecomunicaciones es exclusiva y excluyente y cubre todos los aspectos de la interconexión en el marco del ordenamiento jurídico comunitario, específicamente en los términos regulados por la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina tanto como en la Resolución 432 de la Secretaría General de la misma Comunidad.
6. En los términos de la Decisión 462, los aspectos económicos de la relación de interconexión deben ser regulados por los estados miembros bajo los principios establecidos en dicha decisión, en especial, los que aplican a los cargos de acceso y su incidencia tanto en la estructura de costos de los operadores como en las tarifas para los usuarios.
7. La línea jurisprudencial en Colombia, tanto en sede constitucional desde 1975, como en sede contencioso administrativa - a partir de las normas constitucionales - reconoce en el proceso de integración subregional andino las características y efectos jurídicos de la supranacionalidad y el derecho comunitario. De la misma manera establece la viabilidad jurídica de la asignación de competencias a autoridades internas mediante disposiciones comunitarias, en particular la asignación de competencia a la autoridad nacional de telecomunicaciones para la solución de las controversias en materia de interconexión. Como se analizó, tal asignación no incide en la naturaleza de la autoridad ni en la naturaleza de sus funciones.
8. Como autoridad administrativa, la CRC, al resolver los conflictos entre las partes de una relación de interconexión emite decisiones que tienen el carácter de actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa y están sometidos al control de legalidad por parte de la jurisdicción, de conformidad con las reglas generales contenidas en el C. C. A. (hoy CPACA), como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-186-11.
9. En ejercicio de la competencia para la solución de controversias que le asigna el derecho comunitario andino, la CRC analizará en cada caso la pertinencia de requerir

del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina las interpretaciones prejudiciales que le permitan: (i) aplicar las normas andinas bajo los criterios uniformes a los que apunta el proceso de integración, y (ii) delimitar la materia y el alcance de la controversia no resuelta entre las partes que efectivamente corresponde a la relación de interconexión y por tanto resulta ser del ámbito de su competencia.

10. Para la Sala también es factible la emergencia de conflictos entre las partes, que por su naturaleza u objeto no estén sujetos a la competencia arbitral-administrativa de la autoridad de telecomunicaciones. Las controversias en esos precisos asuntos serían de conocimiento de las autoridades judiciales internas y podrían ser objeto de cláusula compromisoria.

### **Tercera parte: Comisión de Regulación de Comunicaciones. Función de solución de controversias en materia de interconexión – Naturaleza Jurídica, alcance y procedimiento**

#### **A. Delimitación de la consulta y problemas jurídicos planteados**

De los antecedentes y preguntas formuladas en la consulta, se establece que la Sala deberá dilucidar las competencias asignadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC- para la solución de controversias entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones suscitadas en materia de interconexión. En tal contexto se deducen los siguientes problemas jurídicos: *a)* ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la función de solución de controversias en materia de interconexión asignada a la CRC? *b)* ¿Cuál es el procedimiento que debe seguirse para cumplir con esa función? y *c)* ¿Cuáles son los recursos que proceden contra la decisión de la CRC que resuelve la controversia puesta en su conocimiento?

En consecuencia la Sala, para resolver los precitados problemas y las preguntas formuladas en la consulta: *i)* realizará una breve mención sobre la intervención estatal en los servicios públicos, y en particular en el sector de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones; *ii)* recordará el alcance de la función de regulación en los servicios públicos y si esta incluye la de resolución de conflictos; *iii)* analizará el alcance de las funciones de la CRC, en particular la de solución de controversias en materia de interconexión que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones; *iv)* señalará el procedimiento que debe seguir para el debido desarrollo de esa función y, *v)* abordará los controles a los que está sometida la decisión adoptada por la CRC.

#### **B. La intervención estatal en los servicios públicos y el régimen especial al que están sometidos**

##### **1. Marco constitucional**

Como lo señaló la Sala en el Concepto 2236 de 2016, la Constitución Política de 1991 (C. P.) estableció que: *i)* los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y este debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional

de conformidad con el régimen legal correspondiente; *ii*) los servicios públicos podrán suministrarse por el Estado de manera directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares, y *iii*) en cualquier caso “*la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*” se adelantará por parte del Estado (C. P., artículo 365). Ahora, en relación con las competencias, responsabilidades, cobertura, régimen tarifario, calidad y financiación de los servicios públicos domiciliarios, la Carta dispuso que serían fijados por la ley (C. P., artículo 367), todo lo cual permite sostener que corresponde a la ley señalar un *régimen jurídico especial* al cual esté sometida la actividad relacionada con los servicios públicos.

En consecuencia, puede afirmarse que constitucionalmente los servicios públicos tienen las siguientes características relevantes<sup>530</sup>:

- a) Pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo aquel la regulación, el control y la vigilancia de los servicios; la Constitución de 1991, cambió el modelo de la prestación de los servicios públicos: i) el Estado deja de ser gestor y por tanto, prestador principal de tales servicios y pasa a un papel de regulador, ii) los servicios públicos deben enmarcarse en un ámbito de competencia en el cual participan particulares a quienes se les permite asumir la prestación de tales servicios, y iii) si el Estado quiere participar en el mercado de prestación de los servicios públicos, debe hacerlo en igualdad de condiciones con los particulares;
- b) El servicio público domiciliario tiene un “*punto terminal*” que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios;
- c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en el terreno fáctico, es decir, en concreto;
- d) Estos servicios tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente, lo que significa mejor cobertura, calidad y precio;
- e) La razón de ser de los servicios públicos es el usuario, por lo que una ineficiente prestación de tales servicios puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.;
- f) Los servicios públicos domiciliarios constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deban ser prestados a todos los habitantes (cobertura universal); y
- g) Su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso.

530 Al efecto pueden consultarse, entre otras, la Sentencias T-578 de 1992, C-389 de 2002 y T-270 de 2004 de la Corte Constitucional.

Las potestades de intervención que la Constitución ha señalado para los servicios públicos domiciliarios, traen como consecuencia que el Estado asuma un papel activo en la regulación de la actividad de los prestadores (o proveedores) de tales servicios, los cuales estarán sometidos al régimen jurídico especial que para el efecto fije el legislador, aspecto que se desarrolla a continuación.

## 2. Régimen jurídico especial al que se someten los servicios públicos, en particular en materia de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones

El contexto constitucional referido en precedencia denota la voluntad del constituyente de que la actividad relacionada con la prestación de los servicios públicos debe sujetarse a un régimen jurídico especial diferente al de cualquier otra actividad económica o empresarial, aspecto que ha sido reconocido de tiempo atrás por la Corte Constitucional<sup>531</sup> y que fue reiterado en la sentencia C – 186 de 2011, en la cual se declaró exequible el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, norma que precisamente origina la consulta formulada. La síntesis de lo afirmado sobre dicho régimen especial se presenta así:

- 1) Los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general llevan aparejada la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos;
- 2) La reserva legal en materia de servicios públicos no excluye la atribución de funciones de regulación a órganos especializados, tales como las “comisiones de regulación”, que no se agotan en la expedición de actos normativos ni tampoco se circunscriben a una modalidad específica de los mismos. Sin embargo, el ejercicio de estas competencias en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el legislador;
- 3) La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos; sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley;
- 4) La intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas no tiene que hacerse directamente por medio de la ley, pues precisamente el artículo 334 constitucional señala que el Estado intervendrá “*por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados*”. En esa medida corresponde a la ley fijar el marco de la intervención, definir las finalidades, los

<sup>531</sup> Sentencia C-736 de 2007, oportunidad en la que manifestó que “los servicios públicos tendrán no solo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos...”.

instrumentos y las facultades que se asignan al órgano regulador para que este, a su vez, realice materialmente la intervención.

Así las cosas, los instrumentos de intervención estatal en materia de servicios públicos son variados: pueden comprender un régimen de autorización previa, facultades de regulación, facultades de inspección, control y vigilancia, potestades sancionatorias, entre otros, por lo que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa son permitidas pero dentro del ámbito que fije la ley, y en consecuencia contienen mayores límites que otras actividades o sectores económicos.

## 2.1. Marco legal especial de intervención en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)

La Ley 1341 de 2009 “*Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*”<sup>532</sup>, establece el marco especial de intervención del Estado en dichas materias, de conformidad con el siguiente objeto:

“**Artículo 1. Objeto.** La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las **potestades del Estado** en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, **regulación**, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información” (negrillas fuera de texto).

La interpretación de dicho objeto, y en particular la relacionada con las potestades de regulación, está sometida a los principios orientadores previstos en el artículo 2° de la Ley 1341. Para los propósitos de este concepto resulta pertinente destacar de entre ellos los siguientes:

- i)* Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de condiciones a todos los habitantes del territorio nacional;
- ii)* La libre competencia debe ser propiciada por el Estado en condiciones de igualdad y bajo precios de mercado;
- iii)* Debe atenderse a la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y,

532 Publicada en el *Diario Oficial* 47. 426 del 30 de julio de 2009.

**iv)** Debe procurarse el uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos.

Por su parte el artículo 4° de la Ley 1341 de 2009 señala los fines específicos de la intervención del Estado en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Entre otros, apunta a la protección de los derechos de los usuarios, la cobertura universal del servicio y la libre competencia, así como la garantía de interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, aspectos sobre los que volverá la Sala al analizar las competencias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante, CRC).

De lo expuesto hasta el momento puede concluirse que los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones están sujetos a la especial intervención del Estado, a un régimen jurídico especial que supone una restricción de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación del servicio, y a la regulación de la actividad a través de órganos administrativos especializados (“Comisiones de Regulación”), que no solo se centran en establecer normas jurídicas sino que comprenden otras modalidades según se ha expuesto.

De esta manera, corresponde a la Sala determinar el alcance de la regulación en tales servicios, y en particular las funciones de la CRC.

### **C. La noción de “regulación”**

Para algunos autores<sup>533</sup> la noción de “regulación” puede utilizarse en un sentido amplio, comprensiva de la totalidad de la actuación del Estado en relación con la sociedad, o en aplicaciones más limitadas, referidas a la ordenación y garantía de los derechos económicos y sociales. De igual manera, en la doctrina extranjera la palabra “regulación” no ha sido definida de forma unívoca<sup>534</sup>.

La Sala en el Concepto 2291 de 2016, al cual se remite, realizó un amplio análisis de la noción de regulación, en particular de la acepción del verbo “regular” como potestad de promulgar normas jurídicas, doctrina que reitera en este concepto<sup>535</sup>. Dicha potestad -se agrega- involucra a autoridades administrativas especializadas que en ejercicio de una función administrativa profieren actos administrativos de carácter general o

533 Entre ellos, Muñoz Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo IV, Cap. III, p. 500. Ed. Iustel, Madrid. 2011.

534 “The main textbooks on regulation identify three definitions. In the first, regulation is the promulgation of rules by government accompanied by mechanisms for monitoring and enforcement, usually assumed to be performed through a specialist public agency. In the second, it is any form of direct state intervention in the economy, whatever form that intervention might take. In the third, regulation is all mechanisms of social control or influence affecting all aspects of behaviour from whatever source, whether they are intentional or not.” [Los principales textos sobre regulación identifican tres definiciones. En la primera, la regulación es la promulgación de reglas por el gobierno acompañado de mecanismos para su control y ejecución, usualmente realizado a través de una agencia pública especializada. En el segundo, es cualquier forma de intervención estatal directa en la economía, cualquiera que sea la forma de intervención que pueda tomarse. En la tercera, la regulación son todos los mecanismos de control e influencia social que afectan todos los aspectos del comportamiento originados en cualquier fuente, sea intencional o no]. (Traducción libre). Julia Black, Critical Reflections on Regulation, Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, 2002, p. 8. También puede verse: David Levi-Faour, Regulation and Regulatory Governance, en Handbook on the Politics of Regulation (David Levi-Faour ed.), Edward Elgar, 2011, p. 3.

535 Dijo la Sala que en atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional la facultad normativa de regulación consiste en “la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador”. En este sentido regulación es “el establecimiento de reglas, normas o disposiciones jurídicas de carácter general o abstracto”.

particular<sup>536</sup>, vinculantes en relación con los sujetos que participan en la prestación de servicios públicos. Dentro de tales autoridades figuran las conocidas como “Comisiones de Regulación”.

Por tanto, en consideración a los problemas jurídicos que deben resolverse en este concepto, la Sala acotará el alcance del significado “*regulación*” como una forma de intervención del Estado en la economía, puntualmente bajo la modalidad de resolución de conflictos entre los actores del mercado regulado.

### **1. La regulación como forma de intervención del Estado en la economía. Regulación económica**

Esta acepción ha sido propuesta por parte de la doctrina<sup>537</sup> y también ha sido adoptada por la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“En un sentido mucho más estricto, la regulación socioeconómica dice relación con aquella intervención que realiza el Estado a través de autoridades específicamente concebidas para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica determinada, tal como acontece por ejemplo con la intervención que realiza el Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la cual responde a ciertos criterios técnicos y a las especificidades inherentes a su prestación y a su propia dinámica. En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado (...)*

*Como bien se puede apreciar, bajo esta perspectiva el vocablo ‘regulación’ (puede) abarcar o comprender también, con mayor amplitud, la intervención orientada a corregir las ‘fallas del mercado’, categoría de la cual forman parte los actos de competencia desleal, las prácticas restrictivas de la libre competencia, los abusos de la posición dominante y el establecimiento de monopolios (...)*<sup>538</sup>. (Paréntesis fuera de texto).

536 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000.

537 “En términos generales puede decirse que la regulación económica se ha identificado comúnmente como una de las formas de intervención del Estado en la economía”. Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil. Regulación, Autorregulación y desregulación, en La regulación económica: tendencias y desafíos (Liliana Lizarazo Rodríguez y Marcela Anzola Gil, (editoras), Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, p. 12. En el mismo sentido, Miguel Ángel Lasheras, La regulación económica de los servicios públicos, Editorial Ariel S.A., 1999, p. 15.

538 Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. Ver también, Corte Constitucional, Sentencia C – 150 del 25 de febrero de 2003.

En este contexto, a través de la regulación se busca corregir las “*fallas del mercado*”<sup>539</sup>, garantizar la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos<sup>540</sup>, alcanzar los fines del Estado<sup>541</sup> y materializar los principios sociales<sup>542</sup>, como expresión de un modelo de Estado regulador y garante.

Así, se ha indicado que la regulación del Estado es necesaria para: *i)* controlar los precios en situaciones de monopolio, *ii)* informar a los consumidores, *iii)* garantizar un nivel básico o esencial de los servicios, *iv)* evitar un comportamiento anticompetitivo, *v)* proteger intereses vulnerables en donde el mercado no puede hacerlo, *vi)* asegurar una producción efectiva en donde los costos de transacción no permiten obtener economías de escala, *vii)* distribuir materias primas escasas y *viii)* salvaguardar los intereses de futuras generaciones, entre otros<sup>543</sup>.

En la doctrina especializada la regulación, como modalidad de intervención del Estado en la economía, también “*consiste en la supervisión del juego económico, estableciendo ciertas reglas e interviniendo de manera permanente para amortizar las tensiones, resolver los conflictos, asegurar el mantenimiento de un equilibrio general; mediante la regulación, el Estado no es un actor sino un árbitro del juego económico, limitándose a establecer las reglas de los operadores y esforzándose por armonizar sus acciones*”<sup>544</sup>. (Se resalta).

Esta intervención se vale de instrumentos o estrategias de diversa índole: control, incentivos (regulación tarifaria, subsidios), mecanismos de mercado, manejo de información, y la de resolución de conflictos, entre otras, en la cual pone el foco la Sala por ser la materia de este concepto.

## 2. La función de resolución de conflictos como modalidad de regulación - intervención del Estado en la economía

La función de regulación bajo la modalidad de intervención del Estado en la economía puede incluir la resolución de conflictos en el sector intervenido para proteger el interés público, sujeto a las especificidades del mismo, en particular, a su carácter técnico. Así lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado:

539 “Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de ‘fallas del mercado’. En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. (...)” Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

540 “La regulación constituye una manifestación de la intervención del Estado con el fin de orientar la actividad económica hacia los fines de interés general establecidos en la Constitución Política y la ley, lo cual conlleva (...) impedir que se presenten actos de competencia desleal, situaciones de abuso de posición dominante, restricciones a la libre competencia y el surgimiento de monopolios que desfiguran el interés general que orienta la prestación de los servicios públicos...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691). También puede verse, Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2000, C-1162/00.

541 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6637-01(6637).

542 Corte Constitucional, Sentencia C-150/03.

543 Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., pp. 15-24.

544 Chevallier, Jacques (2004). *L'État post-moderne*, segunda edición, París, LGDJ, P. 58.

*“En la actualidad la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que comprende potestades normativas, ejecutivas y de **resolución de conflictos** que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicos comprometidos”*<sup>545</sup>. (La negrilla es de la Sala).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional estableció que la función de resolución de conflictos atribuida a autoridades administrativas - como lo son las “Comisiones de Regulación” - se ajustaba a la Constitución, según se aprecia en la sentencia C – 1120 de 2005<sup>546</sup>:

9. *Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las Comisiones de Regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que:*

- i) *Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios, conforme a los criterios expresados en las consideraciones generales de esta sentencia, y, más ampliamente, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el art. 334 de la Constitución.*

*En efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por razón de los contratos o servidumbres (Num. 73.8 del art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del art. 73) son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.*

*En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.*

*Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, cuya resolución asigna el art. 74, num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.*

<sup>545</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03; Hugo Alberto Marín Hernández, “Norma regulatoria”: ¿mito o realidad?, Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 3, 2009, pp. 56-57.

<sup>546</sup> Oportunidad en la que examinó la constitucionalidad del artículo 73, numerales 73.8 y 73.9 de la Ley 142 de 1994, en relación con la función de **resolución de conflictos** de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos.

- ii) *Por otra parte, las decisiones que deben adoptar las Comisiones de Regulación en la solución de los mencionados conflictos tienen carácter de actos administrativos que ponen fin a la actuación administrativa y están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, como expresamente lo señalan los numerales acusados 73.8 y 73.9 del art. 73 de la Ley 142 de 1994, y aunque en el art. 74, num. 74.3, lit. b), de la misma ley no se hace el mismo señalamiento, debe entenderse así conforme a las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.*

*De lo anterior se concluye que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no solo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial. Esta actividad de la Administración Pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o entre estos y otro órgano administrativo”*

Sobre el alcance de la función de resolución de conflictos en el ámbito de la regulación, la doctrina especializada sostiene:

- “5. *Una de las funciones que comprende la **potestad de regulación**, que presenta aspectos realmente nuevos en el contexto de la cultura jurídico-administrativa continental europea, es la concerniente a la resolución de conflictos, entre entidades privadas o ciudadanos particulares, con ocasión de **la determinación del contenido o el ejercicio de esos derechos**. La doctrina (en primer lugar, R. PARADA VÁZQUEZ) había observado que la legislación sectorial, con frecuencia creciente, atribuía a órganos administrativos la facultad de arbitrar conflictos entre particulares. Se identificó esta función como la ‘actividad arbitral de la Administración’. Pero aun siendo una novedad importante en el panorama de las competencias administrativas tradicionales, sus manifestaciones eran excepcionales. El fortalecimiento de la **actividad regulatoria de la Administración** ha determinado que la resolución de conflictos entre particulares se convierta en una manifestación normal de dicha actividad, de muy frecuente invocación en la legislación sectorial y que tiene una significación y una configuración distintas de las que exhibe la actividad arbitral...*”<sup>547</sup>. (Paréntesis textual. Resalta la Sala).

En conclusión, no cabe duda de que la función de resolución de conflictos en los sectores económicos intervenidos por el Estado es una modalidad de regulación, cuya competencia generalmente es asignada a una autoridad administrativa que ejerce potestades de regulación<sup>548</sup>. Así las cosas, la sentencia C-1120 de 2005 citada, la cual hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, constituye un precedente que deberá considerarse al examinar puntualmente las funciones que sobre resolución de conflictos fueron

<sup>547</sup> Muñoz Machado, óp. cit. p. 530.

<sup>548</sup> “Por sus facultades, los órganos reguladores independientes distan de ser simples “agencias administrativas” creadas para gestionar parte de las administraciones estatales. Esas facultades permiten a las autoridades emitir opiniones, determinar reglamentos, supervisar e inspeccionar, hacer cumplir las regulaciones, conceder licencias y permisos, fijar precios y resolver controversias”, OCDE (2014), Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa, OECD Publishing. Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Empresarial/Estudio%20OCDE%20Politica%20Regulatoria%20Colombia%202013.pdf>. Consultado el 20 de octubre de 2016.

otorgadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones por la Ley 1341 de 2009, análisis que se realizará a continuación.

## D. La Comisión de Regulación de Comunicaciones: naturaleza, composición y objeto

### 1. Naturaleza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante, CRC)

El artículo 19 de la Ley 1341 de 2009 dispuso que “*La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*”.

En tal sentido es preciso recordar que las Unidades Administrativas Especiales son “*organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo*” (artículo 67 de la Ley 489 de 1998), por lo que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector central de la administración (art. 38 *ibídem*) y, por lo mismo están sometidas a la dirección y orientación del Ministro del ramo correspondiente (artículo 208 C. P.).

La función administrativa que cumplen las comisiones de regulación, entre ellas la CRC, no solo tiene como fundamento la expresa disposición legal, sino que pertenece a la noción misma de regulación, en particular a la modalidad de intervención del Estado en la economía, explicada en el acápite anterior, según también lo reconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que ha sido reseñada en este concepto.

Por mandato constitucional la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla bajo unos principios también de orden constitucional<sup>549</sup>. En este sentido, las autoridades administrativas tienen asignadas competencias específicas para el cumplimiento de las funciones del Estado, entre ellas la de regulación económica. De esta forma, es claro que la CRC en el ejercicio de sus competencias debe garantizar las finalidades esenciales del Estado y el cumplimiento de los deberes sociales de las autoridades (Art. 2° C. P.), en el ámbito de la intervención del Estado en la economía, en los términos explicados<sup>550</sup>.

### 2. Composición de la CRC

El artículo 20 de la Ley 1341 de 2009 fue modificado por el artículo 207 de la Ley 1753 de 2014<sup>551</sup>; de esta manera, la CRC está compuesta en la actualidad por El Ministro de

549 Artículo 209 C. P.: “*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...*”.

550 Corte Constitucional. Sentencia del 15 noviembre de 2001, C-1194/01.

551 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘*Todos por un nuevo país*’”.

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o el Viceministro general como su delegado, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado, y tres (3) comisionados de dedicación exclusiva para períodos de cuatro (4) años, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. Los comisionados serán designados por el Presidente de la República los cuales podrán ser abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones, o economistas. En todo caso, al menos un comisionado deberá ser ingeniero. Los comisionados deben tener título de maestría y doctorado, y experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional<sup>552</sup>.

En las características de la regulación como intervención del Estado en la economía señaladas en párrafos anteriores, se aprecia cómo la conformación de la CRC corresponde a criterios multidisciplinarios, técnicos y a las especificidades inherentes al sector regulado; el perfil jurídico es uno de los que puede tenerse en cuenta, sin que el nominador esté obligado a nombrar abogados; lo que sí se exige es la presencia de ingenieros.

### 3. Objeto de la CRC

De conformidad con el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, la CRC es el órgano encargado de *“promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad./Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley”*.

Es preciso recordar que el artículo 4° de la Ley 1341 establece los citados principios. Para los propósitos de este concepto, la Sala resalta los siguientes:

- i)* Proteger los derechos de los usuarios, velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios;
- ii)* Promover el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo como fin último el *servicio universal*;
- iii)* Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia<sup>553</sup>;

552 Además, según el artículo 207 de la Ley 1753, *“los comisionados deben ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, con título de pregrado y maestría o doctorado afines, y con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional. Uno de los comisionados, en forma rotatoria, ejercerá las funciones de Director Ejecutivo de acuerdo con el reglamento interno, adoptado por la misma Comisión.*

*La Presidencia de la Sesión de CRC será ejercida por quien los miembros de la Comisión designen, y la misma podrá sesionar y decidir con la mayoría simple de sus miembros. (...)*

*La CRC contará adicionalmente con una Coordinación Ejecutiva. La Dirección Ejecutiva y la Coordinación Ejecutiva, cumplirán sus funciones con el apoyo de grupos internos de trabajo, definidos en su reglamento interno”*.

553 En la discusión del proyecto en la Comisión Sexta de la Cámara, este principio es fundamental. Se observa que la Ministra del ramo explicó que era necesario promover la inversión nacional y extranjera, garantizando la libre competencia, el acceso en igualdad de condiciones a las oportunidades, y aboliendo el poder monopólico, mediante medidas que deben ser garantizadas por el Gobierno y el órgano regulador, para evitar las posiciones dominantes que puedan obstruir con la entrada o la competencia en el mercado. Ver Gaceta de Congreso 69, jueves 28 de febrero de 2008, páginas 10 y 11.

- iv) Promover la ampliación de la cobertura del servicio, y
- v) Garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

La alusión al servicio de tecnologías de la información y comunicaciones como uno de carácter “*universal*”, no puede ser un asunto aislado de la reforma introducida por la Ley 1341 de 2009, toda vez que su discusión se evidencia en el trámite legislativo<sup>554</sup> y que, como lo dijo la Sala en el Concepto 2102 de 2012, no puede pasarse por alto que el usuario de las tecnologías de la información y las comunicaciones está inmerso en un mundo globalizado con multitud de ofertas que lo convierten en un consumidor especializado; este consumidor demanda productos y servicios de calidad y actualizados que deben ser ofrecidos en las mejores condiciones por sus proveedores.

La noción “*servicio universal*” está vinculada a los “*servicios de interés económico general*” prevista en el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que supera la tradicional noción de “*servicio público*”. A juicio de Muñoz Machado el “*servicio universal (...) alude a la obligación de los responsables de los servicios de telecomunicaciones, o de los servicios postales, de ofrecer unas prestaciones mínimas y de calidad en todo el ámbito territorial al que se extiende*”<sup>555</sup> el servicio correspondiente.

El objeto y los principios mencionados que resaltan el interés público en la prestación del servicio de telecomunicaciones bajo un régimen de regulación de la libre competencia y de protección de los derechos de los usuarios, constituyen un marco jurídico específico para el ejercicio de las funciones y competencias asignadas a la CRC, según lo ordena el artículo 121 C. P., aspecto que se explica a continuación.

## **E. Competencias de la CRC, en particular, en materia de resolución de controversias de interconexión**

La Sala abordará este punto, en primer lugar, bajo la noción general de competencia administrativa. Desde ese ámbito, acto seguido analizará las competencias específicas de la CRC relacionadas con el objeto de la consulta.

### **1. Noción de competencia administrativa**

El principio de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la C. P.<sup>556</sup>, es un postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del

<sup>554</sup> Gaceta del Congreso 317, miércoles 4 de junio de 2008, p. 1.

<sup>555</sup> Óp. cit., p. 564. Más adelante en la misma obra alude a una definición de la Comisión Europea que considera servicio universal “*El conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible*”. Óp. cit., p. 616.

<sup>556</sup> Art. 6° C. P. “*Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”.

Art. 121. C. P. “*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”.

preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas.

Respecto de las autoridades administrativas las normas constitucionales citadas son desarrolladas por los artículos 4° y 5° de la Ley 489 de 1998, entre otras normas, que señalan las finalidades de la función administrativa y el carácter directo, inmediato y, en principio, permanente de las competencias administrativas:

*“Artículo 4°. Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.*

*Artículo 5°. Competencia Administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo”.*

La competencia ha sido entendida doctrinalmente como la *“...esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente...”*<sup>557</sup>.

Para la Sala, en atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>558</sup>, la competencia es un elemento subjetivo del acto administrativo, que constituye un presupuesto indispensable para su conformación y se traduce en la potestad, aptitud, habilidad, capacidad e idoneidad que tiene un sujeto legalmente hábil, en este caso una autoridad administrativa, para emitirlo.

Se han identificado como factores que determinan la competencia: la materia, el territorio, el tiempo y la jerarquía<sup>559</sup>. El factor material, también conocido como *“ratione materiae”*, se refiere a las tareas que legalmente puede desempeñar el órgano, según el carácter de la actividad a él encomendada por el ordenamiento jurídico, para el logro de los fines del Estado.

En este sentido, para el ejercicio de las competencias administrativas, la Constitución misma ha señalado una serie de autoridades que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público (artículo 115 C. P.), y una estructura administrativa que de manera permanente cumple con dicha función (artículos 38 y 39 de la Ley 489 de 1998), de la cual hace parte la CRC como Unidad Administrativa Especial, según la naturaleza prevista en el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, analizada en el capítulo anterior. De esta manera, la CRC deberá observar los principios de la función administrativa (artículo 209 C. P.) para el ejercicio de sus competencias.

557 Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires 2009.

558 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 28 de mayo de 1998. Expediente 10507.

559 Sobre los factores o clases de competencia, véase Dromi, op. cit.

## 2. Competencia de la CRC en materia de resolución de controversias de interconexión

La Ley 1341 de 2009 señala a lo largo de su texto múltiples competencias asignadas a la CRC; no obstante, en consideración a que el problema jurídico planteado en la consulta se contrae a establecer la *naturaleza jurídica de la función de solución de controversias en materia de interconexión asignada a la CRC*, la Sala concentrará su análisis en dicha función.

Según el artículo 6° de la Ley 1341, corresponde al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expedir el glosario de definiciones en la materia, competencia que se ejecutó con la expedición de la Resolución 202 de 2010. En lo pertinente a la consulta, se transcriben las siguientes:

*“Artículo 1°. Para efectos de la interpretación de las normas del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se adoptan las siguientes definiciones, acordes con los postulados de la UIT:*

**Instalaciones esenciales:** *Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que:*

- a) *Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y*
- b) *Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.*

**Interconexión:** *Es la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos de las redes, incluidas las instalaciones esenciales, necesarias para permitir el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones y la interoperabilidad de plataformas.*

**Interoperabilidad:** *Aptitud de los sistemas y aplicaciones, basados en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y los procesos que estos soportan, para intercambiar información y posibilitar utilizar mutuamente la información intercambiada. Para el caso de redes de telecomunicaciones, la interoperabilidad es inherente a la interconexión de las mismas.*

**Proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones:** *Persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros. En consecuencia todos aquellos proveedores habilitados bajo regímenes legales previos se consideran cobijados por la presente definición.*

**Red de telecomunicaciones:** *Conjunto de nodos y enlaces alámbricos, radioeléctricos, ópticos u otros sistemas electromagnéticos, incluidos todos sus componentes físicos y lógicos necesarios, que proveen conexiones entre dos (2) o más puntos, fijos o móviles, terrestres o espaciales, para cursar telecomunicaciones. Para su conexión a la red, los terminales deberán ser homologados y no forman parte de la misma.*

**Servicios de telecomunicaciones:** Servicios ofrecidos por los proveedores de redes y servicios para satisfacer una necesidad específica de telecomunicaciones de los usuarios.

**Telecomunicación:** Toda emisión, transmisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radiofrecuencia, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

**Usuario:** Persona natural o jurídica consumidora de servicios que hacen uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

De otro lado, las funciones en materia de interconexión previstas en el artículo 22 de la Ley 1341 para la CRC, corresponden a las siguientes (las negrillas son de la Sala):

“Artículo 22. Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes:

1. Establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios.
2. Promover y regular la libre competencia para la **provisión de redes y servicios de telecomunicaciones**, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, **mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares**, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado.
3. **Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones.**
4. Regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, con excepción de las redes destinadas principalmente para servicios de televisión (radiodifundida)<sup>560</sup> y radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados.
5. Definir las condiciones en las cuales podrán ser utilizadas infraestructuras y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones, bajo un esquema de costos eficientes.

560 Expresión entre paréntesis declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-403 de 2010.

6. *Definir las instalaciones esenciales.*
9. *Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia.*
10. *Imponer de oficio o a solicitud de parte, las servidumbres de acceso, uso e interconexión y las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, y señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes, así como fijar de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso, uso e interconexión. Así mismo, determinar la interoperabilidad de plataformas y el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones.*
17. *Emitir concepto sobre la legalidad de los contratos de los proveedores con los usuarios”.*

De la norma transcrita se aprecian funciones de carácter **normativo, ejecutivo y de resolución de conflictos** que se concentran en un organismo administrativo especializado como la CRC, aspecto que es característico de las “*potestades administrativas de regulación*”<sup>561</sup>. Así las cosas, el análisis de la función de resolución de controversias prevista en el numeral 9 del artículo 22, implica acudir a la interpretación sistemática de dicha disposición, en atención a que es parte integral del esquema regulatorio que la CRC debe desarrollar para la observancia de las finalidades de la Ley 1341 de 2009 en materia de intervención del Estado en el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

La mencionada interpretación se impone, además, porque el citado numeral condiciona expresamente el cumplimiento de la función de resolución de controversias al “*marco de las competencias*” conferidas a la CRC. Así, la Sala deberá dilucidar a continuación dos aspectos fundamentales al respecto: *i)* la *naturaleza* de la función propiamente dicha y, *ii)* los *asuntos* que pueden ser sometidos al conocimiento de la CRC.

### 3. La función de resolución de controversias asignada a la CRC es de naturaleza administrativa

#### a. Por el alcance de la función de regulación como instrumento de intervención del Estado en la economía:

Es preciso recordar que la función encomendada a la CRC se enmarca dentro de la intervención del Estado en la economía, a través de la atribución de funciones de regulación a órganos especializados, cuyo ejercicio en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el Legislador, en los términos que han sido explicados en este concepto.

<sup>561</sup> Muñoz Machado, óp. cit., p. 527.

Además, revisado el trámite legislativo del proyecto de ley 112 de 2007 Cámara y 340 de 2008 Senado, que se convertiría en la Ley 1341 de 2009, se ratifica dicha conclusión. En efecto, en la *Gaceta del Congreso* No. 934 del 12 de diciembre de 2008, se aprecia la ponencia que se presentó a la Comisión Sexta del Senado de la República (primer debate en Senado, tercero en el trámite legislativo) que incluye un cuadro de modificaciones sobre el proyecto aprobado en la Cámara de Representantes, y la justificación de las mismas respecto de los artículos propuestos.

Pues bien, respecto del artículo 19 sobre la “*Creación, naturaleza y objeto de la comisión de regulación de comunicaciones*”, los cambios propuestos que consisten en calificar a la CRC como “*órgano regulador*”, se justifican así: “*Se propone precisar los artículos constitucionales con base en los cuales se desarrolla la actividad regulatoria de la Comisión como instrumento de intervención del Estado en la economía, en consonancia con los pronunciamientos jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional que así lo han señalado. /Adicionalmente, se reitera aún de manera más expresa el rol de regulador que ejerce la comisión dentro de la organización institucional misma del propio sector*”<sup>562</sup>.

De esta manera, se evidencia que el Congreso de la República observó el precedente constitucional contenido en la sentencia C-1120 de 2005, ya citada, en la cual se decidió que la función de regulación involucra la de resolución de controversias como una actividad administrativa, naturaleza jurídica que se ratifica en la Ley 1341 de 2009.

#### **b. Por la naturaleza jurídica de la CRC y su contenido material:**

El legislador le confirió a la CRC la naturaleza jurídica de *unidad administrativa especial*, sin personería jurídica, según lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, por lo que ese organismo tiene a su cargo el cumplimiento de *funciones administrativas*, por expreso mandato del artículo 67 de la Ley 489 de 1998. Entre tales funciones, según el artículo 22 de la Ley 1341, está la de resolución de controversias entre los “*proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*” (núm. 9).

Ahora, la sentencia C-1120 de 2005 de la Corte Constitucional citada en este concepto en relación con las funciones de solución de controversias de la antigua Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), sirvió de precedente para la sentencia C-186 de 2011 de esa misma Corporación, que examinó parcialmente el artículo 22, numeral 9, de la Ley 1341 de 2009, en relación con la función de resolución de controversias de la CRC. En tales providencias se estableció que el contenido material la función mencionada es “*(...) de naturaleza administrativa, no solo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial*”. (La negrilla es de la Sala).

#### **c. La Ley 1341 de 2009 no le atribuyó funciones jurisdiccionales a la CRC:**

El artículo 116 de la Constitución Política establece que la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, como es el caso de la CRC, es *excepcional*

<sup>562</sup> *Gaceta del Congreso* 934 del 12 de diciembre de 2008, p. 19.

y, en tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado una serie de reglas en la materia, las cuales brillan por su ausencia en el texto de la Ley 1341 de 2009, en relación con las funciones de la CRC. En efecto, una de tales reglas es el “*mandato de precisión para la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas*”, según el precedente constitucional decantado en las sentencias C-896 de 2012, C-156 de 2013 y C-436 de 2013, cuyo alcance es el siguiente:

“3.3.4.1. Se encuentra constitucionalmente ordenado que la ley defina de manera precisa las atribuciones jurisdiccionales que se asignan a las autoridades administrativas y los órganos estatales que asumirán su ejercicio. En consecuencia, el *mandato de precisión* puede descomponerse en un *mandato de precisión temática* y en un *mandato de precisión orgánica*.

El mandato de precisión temática se satisface enunciando los asuntos de los que podrán ocuparse las autoridades que hubieren sido elegidas para ello. El legislador tiene el deber de establecer competencias puntuales, fijas y ciertas y, por ello no puede asignar funciones de forma indeterminada o genérica (...).

A su vez el mandato de precisión orgánica exige que la disposición que asigna las funciones establezca con claridad cuál es la autoridad a la que le corresponde el ejercicio de las funciones...”<sup>563</sup>. (Cursivas textuales).

Dicho mandato constitucional de *precisión* no es observado por la Ley 1341 de 2009, toda vez que en ningún aparte de su texto se indica que la CRC cumpla funciones jurisdiccionales, ni mucho menos que las funciones a ella asignadas correspondan a asuntos de naturaleza jurisdiccional.

En atención a los criterios expuestos, la Sala concluye que la función atribuida a la CRC por el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, consistente en “*Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*”, es de naturaleza administrativa.

#### **4. Los asuntos que pueden ser sometidos al conocimiento de la CRC en ejercicio de la función administrativa de resolución de controversias**

Para fijar el alcance de la interpretación en la materia, la Sala transcribe nuevamente el aparte pertinente en aras de mayor claridad:

“Artículo 22. Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes: (...) 9. Resolver las controversias, **en el marco de sus competencias**, que se susciten entre **los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones**. Ningún **acuerdo** entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de

<sup>563</sup> Corte Constitucional, sentencia C-436 de 2013.

controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia...”. (Negrillas de la Sala).

Si bien en el punto anterior se ha establecido sin dubitación alguna que la función transcrita asignada a la CRC corresponde al ejercicio de competencias administrativas y no jurisdiccionales, la cuestión pendiente de solucionar está referida a los *asuntos* que la CRC puede conocer “*en el marco de sus competencias*”, condicionamiento expreso fijado en la ley.

Ahora, en atención a que las competencias administrativas están sometidas al principio de legalidad, son taxativas y de interpretación restrictiva, ¿resultaba necesario dicho condicionamiento expreso? Técnicamente no, pero en virtud al principio de interpretación del efecto útil de las normas jurídicas, es claro que al Legislador le interesaba resaltar tal condicionamiento, dado el carácter de *autoridad administrativa reguladora* conferido a la CRC. De esta manera, al establecerse legalmente un *marco o ámbito*, es preciso delimitarlo. Así las cosas, la Sala considera que la interpretación deberá considerar la técnica de una delimitación positiva y negativa del precepto (“*zona de certeza positiva y negativa*”), para luego adentrarse en la zona de incertidumbre (“*penumbra*”) y dilucidar los supuestos de duda.

#### **4.1. Delimitación del precepto en cuanto a los sujetos a los que se aplica la competencia:**

Del mismo texto de la disposición bajo análisis, se evidencia que la función de resolución de controversias no tiene un alcance general (*certeza negativa*) sino que está limitada a un particular grupo de sujetos que intervienen en el mercado de las tecnologías de la información y las comunicaciones: los “*proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*” (*certeza positiva*). Recuérdese que en el glosario previsto en la Resolución 202 de 2010, tal proveedor es “*Persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros*”.

Por lo anterior, la competencia administrativa asignada a la CRC solo comprenderá la solución de controversias que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.

#### **4.2. Delimitación del objeto al que se aplica la competencia:**

Para la Sala el objeto corresponde a las controversias suscitadas frente a una *relación*, “*acuerdo*” (*contrato*) de *interconexión* por las siguientes razones:

Como ya se dijo, son los “*proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*” los sujetos legitimados para acudir a la CRC para activar el mecanismo de solución de controversias. Pues bien, la actividad (objeto) de tales proveedores está directamente relacionada con la interconexión, esto es, “*la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos de las redes, incluidas las instalaciones esenciales, necesarias para permitir el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones y la interoperabilidad de plataformas*”

(Resolución 202 de 2010), por lo que se deduce que la competencia está delimitada a la solución de controversias que se suscitan respecto de esa actividad (certeza positiva) y se excluyen los demás (certeza negativa). Lo anterior se ratifica con lo dispuesto en el título V de la Ley 1341 (artículos 41 a 52) al disponer las “*reglas de solución de controversias en materia de interconexión*”, las cuales están destinadas a resolver dicho tipo de controversias<sup>564</sup> y no otras.

Asimismo, el numeral 9 del artículo 22 bajo estudio, delimita las controversias que surjan del *acuerdo de interconexión* celebrado entre los proveedores, ya que expresamente menciona que “*Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones*”. (Se resalta).

Al respecto es preciso recordar que uno de los principios rectores de la intervención del Estado en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones consiste en garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que se usen en ese sector. (Artículo 4, Ley 1341 de 2009). Para garantizar el acceso, el artículo 50 dispone:

**“Artículo 50. Principios del acceso, uso e interconexión.** Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones **deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:**

1. *Trato no discriminatorio; con cargo igual acceso igual.*
2. *Transparencia.*
3. *Precios basados en costos más una utilidad razonable.*
4. *Promoción de la libre y leal competencia.*
5. *Evitar el abuso de la posición dominante.*
6. *Garantizar que en el lugar y tiempo de la interconexión no se aplicarán prácticas que generen impactos negativos en las redes”.* (Resalta la Sala).

En concordancia con la obligación legal de permitir la interconexión, el artículo 51 de la Ley 1341 regula lo que denomina “*Oferta Básica de Interconexión (OBI)*”, en los siguientes términos:

<sup>564</sup> En las Gacetas del Congreso 934 de 2008 y 487 de 2009, se señala que con las modificaciones propuestas en el proyecto de Ley “*se propone precisar los conceptos regulatorios vigentes sobre los trámites a los cuales se aplica el procedimiento previsto*”.

**“Artículo 51. Oferta Básica de Interconexión (OBI).** Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán poner a disposición del público y mantener actualizada la Oferta Básica de Interconexión (OBI) para ser consultada por cualquier persona. Para tales efectos, en la OBI se definirán la totalidad de elementos necesarios, incluidos los precios, para que con su simple aceptación por parte de un proveedor se genere un acuerdo de acceso, uso e interconexión.

*Parágrafo 1°. La Comisión de Regulación de Comunicaciones deberá aprobar la OBI de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Para el efecto, la OBI deberá ser registrada dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. En caso de presentarse modificaciones a la OBI registrada, las mismas deberán ser debidamente remitidas a la CRC para su respectiva aprobación.*

*Parágrafo 2°. Una vez la OBI haya sido aprobada por la CRC, la misma tendrá efectos vinculantes respecto de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y con base en la misma la CRC impondrá la servidumbre de acceso, uso e interconexión provisional, y fijará las condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión”.*

Las disposiciones transcritas son ejemplo claro de regulación bajo la modalidad de intervención del Estado en un sector de la economía como es el de las tecnologías de la información y las comunicaciones, toda vez que:

- a) Establece obligaciones para los sujetos regulados: Deberá permitirse la interconexión al proveedor que lo solicite y, para el efecto, los proveedores deberán tener a disposición del público y mantener actualizada la OBI;
- b) Determina competencias de autorización previa en cabeza de un órgano regulador: La CRC debe *aprobar* las OBI de los proveedores;
- c) Fija consecuencias jurídicas una vez se otorga la autorización: La OBI (en su carácter de oferta y por lo mismo contentiva de la totalidad de elementos necesarios, incluidos los precios) tiene efectos vinculantes para los proveedores; su *aceptación genera un acuerdo de acceso, uso e interconexión* (relación jurídica voluntaria de adhesión al tratarse de un contenido predispuesto), y
- d) Celebrado el *acuerdo*, en los anteriores términos, bien puede suceder que en la ejecución del mismo surjan controversias entre la partes, esto es, entre los proveedores, caso en el cual se activa la competencia de la CRC prevista en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 (certeza positiva). Resulta además lógico que, si el *acuerdo de interconexión* tiene como base una OBI aprobada previamente por la CRC, dicho organismo especializado ostente alta idoneidad para resolver la controversia que en la ejecución del acuerdo pueda presentarse.

La anterior interpretación no solo se fundamenta en el análisis sistemático de las disposiciones transcritas, sino que es fiel al entendimiento del legislador expresado en el trámite del proyecto que se convertiría en la Ley 1341. Así, en las Gacetas del Congreso

934 de 11 de diciembre de 2008 y 487 del 11 de junio de 2009, correspondientes a la ponencias para primero y segundo debate en la plenaria del Senado de la República, respectivamente (tercer y cuarto debate del proyecto), se incluye un cuadro con las modificaciones realizadas, y en relación con la OBI, que en ese momento correspondía al artículo 54, se afirma lo siguiente:

*“Se definen los aspectos vinculantes de la OBI y con base en la cual la Comisión ejerce facultades regulatorias en materia de solución de controversias, además de dejar establecido el deber de su registro, actualización permanente y aprobación correspondiente, en consonancia con lo que indica la normatividad de la CAN y los conceptos regulatorios vigentes”<sup>565</sup>. (Resalta la Sala).*

De lo expuesto es claro que el *objeto* sobre el cual versa la competencia administrativa de la CRC corresponde a la solución de controversias surgidas en la ejecución del *acuerdo de interconexión* que, se insiste, tiene como base la OBI.

Ahora, **¿qué sucede en el evento en que no se produzca el acuerdo de interconexión entre los proveedores?:**

La CRC impondrá la servidumbre de acceso, uso e interconexión provisional, y fijará las condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión con base en la OBI. Dicha competencia está prevista en el artículo 22, numeral 10, de la Ley 1341, en concordancia con el artículo 49, *ibídem*.

En efecto, el citado numeral 10 dispone que son funciones de la CRC:

*“10. Imponer de oficio o a solicitud de parte, las servidumbres de **acceso, uso e interconexión** y las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, y señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes, así como fijar de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso, uso e interconexión. Así mismo, determinar la interoperabilidad de plataformas y el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones”.*

Por su parte, el artículo 49 dispone:

*“Artículo 49. Actos de fijación de condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión y/o imposición de servidumbre provisional de acceso, uso e interconexión. Los actos administrativos de fijación de condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión, así como aquellos de imposición de servidumbre provisional de acceso, uso e interconexión, contendrán únicamente la verificación de los requisitos de forma y procedibilidad, así como la orden perentoria de interconexión inmediata.*

*Las condiciones mínimas para que la interconexión provisional entre a operar serán las contenidas en la Oferta Básica de Interconexión, OBI, del proveedor que ofrece la*

*interconexión registrada ante la CRC y aprobada por la misma en los términos de la regulación*<sup>566</sup>.

*Contra el acto administrativo al que se hace referencia en el presente artículo no procederá recurso alguno*". (Subraya la Sala).

La interpretación sistemática de las anteriores disposiciones permite señalar que en la práctica pueden darse las siguientes situaciones, una vez la OBI ha sido *aprobada* por la CRC y se encuentra *registrada* y a disposición del público:

- a) La OBI es *aceptada* por el proveedor interesado: Se ha celebrado, sin más, el acuerdo de acceso, uso e interconexión, en los términos ya explicados. Será en la ejecución de ese acuerdo en donde, *ex post*, surgirán eventualmente las controversias, según ya se dijo;
- b) *No existe* acuerdo entre proveedores: es una controversia *ex ante* sobre la obligación de interconexión; en este evento la CRC puede fijar mediante acto administrativo condiciones *provisionales* de acceso, uso e interconexión y/o imponer una *servidumbre provisional* de acceso, uso e interconexión. Las condiciones mínimas para que la interconexión provisional entre a operar serán las contenidas en la OBI del proveedor al que se le ha solicitado la interconexión (artículos 22, numeral 10, y 49 de la Ley 1341 de 2009);
- c) Una vez ejercida la competencia de fijación de condiciones o imposición provisional de servidumbre, la Ley 1341 de 2009 invita a las partes a llegar a un acuerdo (artículos 42, 43, 45). Si tal acuerdo no se produce, la CRC deberá establecer las condiciones definitivas de acceso o la imposición de la servidumbre de interconexión correspondiente (artículos 22, numeral 10 y 47 de la Ley 1341 de 2009), y
- d) Según el parágrafo del artículo 50, el incumplimiento de la orden impartida por la CRC en relación con las condiciones de acceso o servidumbre, será sancionado con multas diarias de hasta 500 salarios mínimos legales mensuales.

En consecuencia, se tiene la *certeza positiva* de que la competencia de la CRC -prevista en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341- se ejerce para resolver las controversias que surgen una vez celebrado el *acuerdo de interconexión* entre los "*proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones*", negocio jurídico que tiene como base la OBI, ya que esta incluye la totalidad de elementos necesarios, entre ellos los precios, aprobados previamente por la CRC en ejercicio de sus competencias de regulación.

<sup>566</sup> En las Gacetas del Congreso 934 de 2008 y 487 de 2009, en cuanto a las modificaciones propuestas en el proyecto de Ley se afirma: "*se precisa la norma con el objeto que, en consonancia con lo que indica la normatividad de la CAN, se dé mayor fuerza vinculante a la OBI en este caso respecto de la figura de servidumbre provisional o fijación de provisional de condiciones, haciendo alusión a la necesidad que la OBI sea registrada y aprobada. En este mismo sentido, las condiciones que rigen dichos actos estarían determinadas por la OBI y no se le deja a las partes definir las so pena de eventuales demoras o dilaciones para su implementación, para lo cual entonces debe existir una orden perentoria de interconexión dada por el regulador y que los proveedores deban implementarla inmediatamente*". (Resalta la Sala) Página 29 de la Gaceta 934.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá determinar si el contenido de la controversia a resolver por la CRC corresponde a todos los asuntos que surgen de la ejecución del acuerdo de interconexión (conocimiento integral), o si su competencia está limitada a materias determinadas (conocimiento restringido).

### **4.3 Delimitación en cuanto al *contenido o asuntos* del acuerdo de interconexión a los que se refiere la controversia**

Según ha quedado demostrado en puntos anteriores, en el trámite del proyecto que se convirtió en la Ley 1341 de 2009, el Legislador quiso resaltar la naturaleza de órgano regulador de la CRC. Dicha textura lleva a considerar que las controversias que la CRC está llamada a resolver no corresponden a todas aquellas que surjan en la ejecución del acuerdo de interconexión, sino que están condicionadas por el “*marco de sus competencias*”, de lo cual se sigue que la Sala deberá delimitar una zona de certeza positiva y una zona de certeza negativa respecto de los asuntos que podrá conocer la CRC en su función de resolución de controversias.

#### **4.3.1. Zona de certeza positiva**

- a) Debe partirse del objeto legalmente asignado a la CRC: “*promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad//Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley*” (el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009);
- b) En concordancia con el citado objeto, el artículo 22 de la Ley 1341 dispone que la CRC debe expedir “*toda*” la **regulación de carácter general y particular** respecto de las siguientes materias:
  - I) los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión;
  - II) la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo;
  - III) el régimen de acceso y uso de redes;
  - IV) los parámetros de calidad de los servicios de interconexión, y
  - V) régimen de competencia en materia de interconexión.

Como puede deducirse, las materias precitadas a las que alude el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, involucran intereses superiores y no se pueden abandonar a la autonomía

de la voluntad privada ni al libre juego del mercado, razón por la que legalmente se enmarcan en el campo de la intervención del Estado a través de las competencias de regulación económica, mediante el instrumento de solución de controversias atribuido a la CRC.

Así las cosas, la **zona de certeza positiva** respecto de las *controversias* que en ejecución de los acuerdos (contratos) de interconexión puede conocer la CRC, corresponde a los *asuntos* señalados en el literal b) precedente, los cuales se relacionan directamente con el marco de competencias en materia de interconexión asignado a la CRC.

En efecto, la regulación “*general o particular*” que profiera la CRC tiene como finalidad maximizar el bienestar de los usuarios (numeral 1, art. 22) y “*promover y regular*” la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, “*puediendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado*” (numeral 2, *ibidem*).

Lo anterior resulta en todo concordante con los principios de intervención del Estado en el sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones que ya fueron examinados en este concepto. Como se recordará, establece que dicha intervención deberá “**Garantizar la interconexión y la interoperabilidad** de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (art. 4, L. 1341/2009). (Resalta la Sala).

La interpretación sistemática realizada permite sostener que las controversias que se presenten para el conocimiento de la CRC deben corresponder al señalado marco de competencias regulatorias en materia de interconexión. Estos asuntos, a su vez, se relacionan directamente con el interés general de la regulación y el objeto legalmente asignado a la CRC y resultan en un todo concordantes con la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, según el análisis realizado en el punto C, parte primera, de este concepto.

La limitación de que los *asuntos* que puede conocer la CRC solo correspondan al ámbito de las competencias regulatorias asignadas, también ha sido reconocida en el derecho comparado; entre otros: *i*) En España, la Ley 9 de 2014 “General sobre Telecomunicaciones” (artículo 15)<sup>567</sup>, y *ii*) En el Reino Unido la *Office of Communications* (OFCOM), cuyas funciones se encuentran actualmente establecidas en la Ley de Comunicaciones del año 2003 (*Communications Act 2003*), entre ellas la relativa a la resolución de controversias<sup>568</sup>.

567 “**Artículo 15. Resolución de conflictos.** 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”. (Resalta la Sala).

568 [“2.5. OFCOM tiene jurisdicción para resolver los siguientes tipos de **disputas regulatorias** bajo la Ley del 2003: 2.5.1 disputas relacionadas con la provisión de acceso a la red (sección 185(1) de la Ley 2003); 2.5.2. disputas relacionadas con los derechos de acceso a la red que un

En el caso de la Federal Communications Commission de los Estados Unidos de América (FCC), la delimitación de sus competencias es una tradición de esa agencia, que se evidencia en la siguiente decisión en la que se discutía la reclamación de un operador: *“Although TelePacific’s Complaint before the Commission purports to allege a violation of section 201(b) of the Act, the Complaint states an action for recovery of unpaid access charges that are allegedly due under the terms of a federal tariff. n25 The proper forum for such a dispute is the federal district court. As noted by the D.C. Circuit, n26 long-standing Commission precedent holds that “under sections 206-209 of the Act, the Commission does not act as a collection agent for carriers with respect to unpaid tariffed charges, and that such claims should be filed in the appropriate state or [\*9] federal courts.” n27 [\*24556] Accordingly, we dismiss this action without prejudice so that TelePacific can pursue its claims in federal court, n28 if it so chooses. n29”*. “[Aunque la reclamación de TelePacific ante la Comisión busca alegar una violación de la sección 201(b) de la Ley, la reclamación establece una acción para cobrar los cargos de acceso no pagados que se alegan como debidos bajo los términos de una tarifa federal. El foro adecuado para tal disputa es la corte federal del distrito. Como se anotó por la Circuito de D.C, un largo precedente de la Comisión sostiene que “bajo las secciones “206-209” de la Ley, la Comisión no actúa como un agente de cobro para los prestadores del servicio respecto a sumas de tarifas no pagadas, y tales reclamaciones debe ser interpuestas en la correspondiente corte estatal o federal. En consecuencia, nosotros rechazamos esta acción sin perjuicio de tal manera que TelePacific pueda buscar su reclamación en una corte federal]”. (Traducción libre)<sup>569</sup>. En otra decisión dijo la FCC:

*“9. For the following reasons, the answer to both of the Court’s questions addressed in this Order is “no”: AT&T did not violate sections 201(b), 203(c), or any other provision of the Communications Act by refusing to pay the billed charges for the calls at issue, regardless of whether it filed a rate complaint with the FCC. Accordingly, the CLECs’ claims are denied.*

*10. Under section 208 of the Act, the Commission has authority to adjudicate only claims alleging that a carrier has somehow violated the Act itself. During the past twenty years, the Commission has repeatedly held that an allegation by a carrier that a customer has failed to pay charges specified in the carrier’s tariff fails to state a claim for violation of any provision of the Act, including sections 201(b) and 203(c) – even if the carrier’s customer is another carrier. These holdings stem from the fact that the Act generally governs a carrier’s obligations to its customers, and not vice versa. Thus, although a customer-carrier’s failure*

---

proveedor de comunicaciones debe permitir por o bajo una condición impuesta bajo la sección 45 de la Ley del 2003 (sección 185 (1<sup>a</sup>) de la ley del 2003); y 2.5.3 disputas, que no sean “disputas excluidas” relacionadas con derechos u obligaciones conferidas o impuestas por o bajo una condición establecida en la sección 45 de la Ley del 2003 o alguna de las promulgaciones relacionadas con la administración del espectro de radio (sección 185(2) de la Ley del 2003) (traducción libre) OFCOM, *Dispute Resolution Guidelines*, 7 June 2011, pp. 3-4. La sección 45 de la Ley de Comunicaciones del 2003 señala: [Poder de OFCOM para establecer condiciones. (1) OFCOM tendrá el poder de establecer condiciones bajo esta sección que obliguen a las personas a quienes son aplicadas de acuerdo con la sección 46. (2) Una condición establecida por OFCOM bajo esta sección puede ser: (a) una condición general; o (b) una condición de las siguientes descripciones— (i) una condición de servicio universal; (ii) una condición relacionada con el acceso; (iii) una condición de proveedor privilegiado; (iv) una condición de poder de mercado significativo (una “condición PMS”)] (traducción libre). [La ANR del Reino Unido, la Oficina de Comunicaciones (...) es el órgano que tiene la responsabilidad principal en materia de resolución de conflictos bajo la transposición al Reino Unido del artículo 20 de la Directiva Marco] (traducción libre). A. Scott. *Dispute Resolution: adjudication or regulation?*, EUI Working Paper RSCAS 2015/05, *European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Regulation*, 2015, p. 3.

<sup>569</sup> Federal Communications Commission, in the Matter of U.S. TELEPACIFIC CORP., d/b/a TELEPACIFIC COMMUNICATIONS, Complainant, v. TEL-AMERICA OF SALT LAKE CITY, INC., a wholly-owned subsidiary of TRANSTEL COMMUNICATIONS, INC., Defendant. File No. EB-04-MD-005, RELEASE-NUMBER: FCC 04-284, 19 FCC Rcd 24552; 2004 FCC LEXIS 6980; 34 Comm. Reg. (P & F) 728. December 14, 2004, Released; December 10, 2004, Adopted.

*to pay another carrier's tariffed charges may give rise to a claim in court for breach of tariff/contract, it does not give rise to a claim at the Commission under section 208 (or in court under section 206) for breach of the Act itself. This long-standing Commission precedent that "collection actions" fail to state a claim for violation of the Act has been acknowledged and followed by courts".*

*"9. Por las siguientes razones, la respuesta a ambas preguntas de la Corte tratadas en esta orden es "no": AT&T no violó las secciones 201(b), 203(c), o cualquier otra provisión de la Ley de Comunicaciones al rechazar pagar las sumas cobradas por las llamadas en discusión, sin importar si el interpuso una reclamación de sobre tarifas con el FCC. En consecuencia, las reclamaciones de la CLEC son negadas.*

*10. Bajo la sección 208 de la Ley, la Comisión tiene la autoridad para adjudicar solamente reclamaciones alegadas por un proveedor que de alguna manera han violado la Ley. Durante los pasados veinte años, la Comisión ha sostenido repetidamente que una reclamación por un prestador de que un consumidor no ha pagado las sumas especificadas en las tarifas del prestador no constituye una causa suficiente para alegar la violación de alguna norma de la ley, incluyendo las secciones 201(b) y 203(c) –aún si el prestador es otro prestador. Estas conclusiones surgen del hecho de que la Ley generalmente gobierna las obligaciones del prestador respecto a sus consumidores, y no al contrario. Por lo tanto, aunque un prestador-consumidor no pague a otro prestador las sumas cobradas puede dar lugar a una reclamación en una corte por incumplimiento de la tarifa/contrato, ello no da lugar a una reclamación en la Comisión bajo la sección 208– (o en una corte bajo la sección 206) por incumplimiento de la Ley. Este precedente de la Comisión de larga duración de que "las acciones cobro" no constituyen una violación de la ley ha sido aceptada y seguida por las cortes". (Traducción libre)<sup>570</sup>.*

No se descarta que en el futuro, el ámbito de los asuntos sometidos a la función de resolución de controversias asignado a un órgano regulador pueda ampliarse. Bajo el artículo 22, numeral 9, de la Ley 1341 de 2009, las controversias que se presenten para el conocimiento de la CRC están limitadas al ámbito de sus competencias regulatorias en materia de interconexión, vinculadas al interés general de la regulación, en concordancia con el objeto asignado a la CRC, restricción que no solo es contemplada en nuestra legislación sino que se registra también en el derecho comparado.

Un ejemplo puede ilustrar tal limitación competencial: el *acuerdo de interconexión* se basa en la OBI, –que hace parte de las funciones de regulación según se ha explicado–, lo que daría a entender que una controversia que surja en la ejecución de dicho acuerdo, en principio, debe ser conocida por la CRC. Pero supóngase que en desarrollo del acuerdo uno de los proveedores deja en las bodegas de la persona jurídica -que accedió a la interconexión- los equipos necesarios para el efecto, y que estos sufren daño o deterioro durante su permanencia en tales bodegas, lo que hace materialmente imposible acceder a la referida interconexión. Como es natural la empresa afectada por el deterioro de los equipos pretenderá exigir la indemnización correspondiente, previa la declaratoria

<sup>570</sup> In the Matter of All American Telephone Co., e-Pinnacle Communications, Inc., and Chase Com, Complainants, v. AT&T Corp., Defendant. File No. EB-10-MD-003.MEMORANDUM OPINION AND ORDER. Adopted: January 20, 2011 Released: January 20, 2011.

de responsabilidad a la que haya lugar. **¿Es competente la CRC para resolver esa controversia?**

La Sala estima que a pesar de corresponder a la ejecución de un acuerdo de interconexión, la controversia no involucra el interés general de la regulación, ni las competencias de la CRC como órgano regulador, ni corresponde a una materia técnica y/o económica relacionada con la obligación de **interconexión**, y por lo mismo no hace parte del “marco de competencias” asignado a la CRC, toda vez que es un asunto en el que exclusivamente están involucrados *intereses privados*, relacionados con una responsabilidad patrimonial que deberá ser resuelta por el juez del contrato.

#### 4.3.2. Zona de certeza negativa

En concordancia con lo anterior, en esta zona se encuentran comprendidas las controversias que solo involucran el interés privado y patrimonial de las partes de un acuerdo de interconexión, razón suficiente para sostener que no son de competencia de la CRC en ejercicio de la función de solución de controversias previstas en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009. Recuérdese que competencias como las mencionadas corresponden a la categoría de *potestades – función*, las cuales están dirigidas a un solo fin como es el de garantizar el interés público<sup>571</sup>.

En este sentido, sin perjuicio de las normas de derecho público que rigen la actividad de los proveedores en el sector de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, entre las cuales se destaca la regulación (en su acepción de potestad normativa) proferida por la CRC, el régimen de actos y contratos de tales proveedores corresponde al derecho privado por expresa disposición del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, por lo que los conflictos derivados de tales actos y contratos que exclusivamente involucren un interés privado deben ser resueltos de conformidad con las reglas generales de solución de conflictos previstas en el ordenamiento jurídico interno.

En esta zona también se incluyen conflictos de carácter laboral derivados de contratos de trabajo<sup>572</sup>, y los relacionados con la responsabilidad civil contractual o extracontractual entre los proveedores de tales servicios.

#### 4.3.3. Zona de incertidumbre (“*penumbra*”)

En esta zona están comprendidos los casos que no correspondan a los asuntos propios de las zonas de certeza positiva o negativa descritos en precedencia. Por ejemplo, podría alegarse que el deterioro o pérdida de los equipos acarrea de manera indirecta la afectación del servicio y, por ende, la del interés de los usuarios, quienes no tendrían por qué soportar un traumatismo que les es ajeno.

571 Cosculluela Montaner, Luis. Manual de derecho administrativo, Tomo I, Decimoséptima Edición. Madrid Thomson Civitas, 2006. Página 439. También ver, Weil Prosper: “Los particulares escogen libremente sus fines; la administración está obligada a procurar el cumplimiento del interés general, y aún más estrictamente, en muchos casos, el cumplimiento del **fin preciso señalado por la ley para cada tipo de poder**”. Derecho Administrativo, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1986. p. 84. (Resalta la Sala).

572 Aspecto que en su momento fue analizado por la Sala en el Concepto 2102 de 201 (25 de junio), Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00035-00(2102).

No obstante, la Sala estima que las normas que otorgan competencia son taxativas y de interpretación restrictiva, circunstancia que obedece a la necesidad de salvaguardar el principio constitucional de legalidad propio del Estado Social de Derecho, por lo que no resulta procedente a través de la analogía contemplar hipótesis adicionales a las comprendidas en la Constitución Política, en la ley y en el derecho comunitario, en materia de competencias administrativas.

En este sentido, como lo recordó la Sala en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, las normas sobre competencia –al igual que sucede con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por ejemplo– obligan a las autoridades a ceñir su actuación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que no les está dado “*autoatribuirse*”<sup>573</sup> competencias y mucho menos hacer analogías que en la práctica conducen a “*reemplazar al legislador*”; toda vez que cualquier acto administrativo en el que se establezcan tales situaciones o que adelanten labores hermenéuticas de índole analógica, es susceptible de ser declarado nulo “*por contravenir el orden jurídico*”.

Además, el artículo 31 del Código Civil explica que “*lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*”, en tanto que “*la extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes*”<sup>574</sup>. Así las cosas, si el legislador condicionó de manera expresa la función de la CRC de “*solución de controversias*” al “*marco de sus competencias*” –en los términos que han sido explicados en este concepto–, se violaría la regla de interpretación del Código Civil citada al pretender ampliar tales competencias a aspectos no previstos por el mismo legislador.

En consecuencia, dado que en las actuaciones administrativas la verificación de la competencia es un elemento que *ab initio* corresponde determinar a la autoridad administrativa ante quien se presenta un asunto, por expresa disposición de los artículos 3 (numerales 1 y 11), 8 y 21 del CPACA, corresponderá a la CRC decidir sobre su propia competencia cuando quiera que se le solicite resolver una controversia en los términos del artículo 22, numeral 9, de la Ley 1341 de 2009, atendiendo los criterios que sobre el particular han sido expuestos en este concepto. No puede olvidarse que las competencias de las autoridades integran el núcleo esencial del derecho constitucional al debido proceso y que, en concordancia con lo anterior, el artículo 137 del CPACA prevé

573 Ver también concepto 2223 de 2015

574 El artículo referido comprende los criterios de interpretación textual restrictiva y extensiva. El primero se explica con base en el principio de “*expressio unius est exclusio alterius*”, el cual significa que la expresión de uno es la exclusión del otro, de manera que en el evento en que se haya realizado una lista de causales, actividades o supuestos fácticos, para determinar el contenido y alcance de un texto, se deberá entender que comprende solamente lo que en él se expresó. Por el contrario, el criterio de interpretación extensiva, expuesto bajo la máxima “*ejusdem generis*”, indica que frente a los listados comprendidos en textos jurídicos, se considerarán incorporadas aquellas cosas que a pesar de no estar incluidas expresamente, son de la misma clase o condición de aquellas que sí se plasmaron.

En relación con estas máximas interpretativas, la Sala aprecia que el sentido de la ley es “*genuino*” cuando se lo interpreta para delimitar las competencias de la CRC, en función de la naturaleza de la norma que establece un marco competencial en materia administrativa. En consonancia, huelga concluir que no procede la interpretación extensiva en atención al origen y a los cometidos de la norma, debidamente explicados con anterioridad.

Ahora bien, habida cuenta de que el artículo 31 remite a los demás criterios hermenéuticos, la Sala considera conveniente señalar que en atención a lo prescrito por el artículo 28, en su primera parte, es decir la regla según la cual: “*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas*”, resulta natural y obvio entender que las competencias administrativas son de interpretación restrictiva.

como causal de nulidad de los actos administrativos su expedición por funcionarios u organismos incompetentes<sup>575</sup>.

Dilucidada la naturaleza y alcance de la función de solución de controversias atribuida a la CRC, corresponde analizar el procedimiento por seguir para el efecto, y los medios de control sobre la decisión que adopte en cumplimiento de dicha competencia administrativa.

## **F. Procedimiento que debe seguirse por parte de la CRC en materia de resolución de controversias de interconexión**

El Título V de la Ley 1341 de 2009 (artículos 41 a 52) dispone las “*reglas de solución de controversias en materia de interconexión*”, a saber:

1. Inicio de la actuación (artículo 43);
2. Citaciones y traslado (artículo 44);
3. Etapa de mediación (artículo 45);
4. Práctica de pruebas (artículo 46);
5. Término para la adopción de la decisión (artículo 47), y
6. Recursos que ponen fin a las actuaciones administrativas (artículo 48)

Como puede apreciarse se trata de una normatividad especial que establece reglas específicas para la solución de las citadas controversias. No obstante, estima la Sala que el procedimiento referido debe complementarse con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, dado que la CRC es un organismo administrativo que cumple una función administrativa y, por tanto, le resulta aplicable el CPACA por expresa disposición del artículo 2 *ibidem*.

Además, debe recordarse que dicha norma dispone: “*Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos previstos 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*”. En concordancia con lo anterior, el artículo 34 del CPACA establece lo siguiente:

**“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*”.

<sup>575</sup> “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. //Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia...”

De las normas citadas se sigue que, para casos como el que ocupa la atención de la Sala, la prevalencia normativa en materia de procedimiento será la siguiente:

- a) El procedimiento especial para la solución de controversias en materia de interconexión es, de manera preferente, el previsto en el Título V de la Ley 1341 de 2009;
- b) En lo allí no previsto se aplicará la Parte Primera del CPACA, bien sea porque: **i)** La Ley 1341 guardó silencio, o **ii)** La Ley 1341 realizó una regulación parcial de la materia, caso en el cual el CPACA la complementará en lo pertinente;
- c) Materias tales como conflictos de interés y causales de impedimento y recusación, así como la solución de conflictos de competencia entre autoridades administrativas (a título de ejemplo CRC y MinTic, o CRC y Agencia Nacional del Espectro), no se mencionan en la Ley 1341. En uno y otro caso habrá de acudir en su integridad al CPACA.
- d) Práctica de pruebas** (artículo 46, Ley 1341): Si bien señala el momento procesal en el que podrán decretarse pruebas solicitadas por las partes, o de oficio, no se indica si proceden recursos contra el acto que decreta pruebas. Dicho vacío deberá llenarse con el artículo 40 del CPACA<sup>576</sup>.

Por su parte, en relación con los medios de prueba, solo alude al dictamen pericial y guarda silencio sobre los demás medios de prueba. La Sala estima que, igualmente, deberá acudir al artículo 40 del CPACA que prevé la admisibilidad de todos los medios de prueba previstos en el Código de Procedimiento Civil (hoy, Código General del Proceso (CGP)). Y, obviamente, en relación con su práctica, deberán seguirse las reglas del CGP.

- e) Recursos contra el acto que decide la actuación** (artículo 48, Ley 1341): Indica que contra el acto administrativo que pone fin a la actuación administrativa de solución de controversias en materia de interconexión procede el recurso de reposición dentro de los 5 días siguientes a la notificación, salvo lo dispuesto en relación con los actos de fijación de condiciones provisionales de acceso o servidumbre provisional previstos en el artículo 49 de la Ley 1341, respecto de los cuales no procede recurso alguno.

Si bien se señala el recurso procedente y el término dentro del cual debe interponerse, se guarda silencio en aspectos tales como los requisitos para su interposición y lo relacionado con la materia probatoria respecto del recurso interpuesto, motivo por el

576 **“Artículo 40. Pruebas.** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil”.

cual la Sala estima aplicables los artículos 77<sup>577</sup> y 79<sup>578</sup> del CPACA, respectivamente, entre otros.

**f) Notificaciones** (artículo 48, Ley 1341): Si bien se menciona lo relacionado con la notificación del acto definitivo, se guarda silencio sobre la forma y trámite de la notificación, por lo que se estiman aplicables en su integridad los artículos 65 a 73 del CPACA, relacionados con esa materia.

## G. Control sobre la decisión adoptada por la CRC en materia de resolución de controversias de interconexión

1. En sede administrativa, el único recurso procedente es el de reposición contra el acto administrativo proferido por la CRC, por expresa disposición del artículo 48 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con las disposiciones del CPACA sobre el particular, según se explicó. El objeto de dicho recurso será que el acto administrativo se aclare, modifique, adicione o revoque, y la autoridad competente es la misma CRC, según lo dispuesto en el artículo 74 del CPACA.
2. En sede judicial, tal como en su momento lo indicó la Corte Constitucional en la ya aludida sentencia C-1120 de 2005, a la cual ya se aludió en este concepto, la persona que sienta lesionados sus derechos por el acto proferido por la CRC deberá acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA<sup>579</sup>, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto y el restablecimiento del derecho conculcado. También podrá pedir que se le repare el daño causado por el acto acusado.

Para el efecto, deberá acudirse a las reglas de competencia y procedimiento previstas en la Parte Segunda del CPACA.

577 **"Artículo 77. Requisitos.** Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido//2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad//3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer//4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Solo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses. Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber".

578 **"Artículo 79. Trámite de los recursos y pruebas.** Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.

Los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días.

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.

En el acto que decreta la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio".

579 **"Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

Con base en las anteriores consideraciones,

## LA SALA RESPONDE

1. *“La función de solución de controversias en materia de interconexión asignada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones ¿tiene naturaleza administrativa o judicial?”*

La función atribuida a la Comisión de Regulación de Comunicaciones por el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, consistente en *“Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones...”*, tiene naturaleza administrativa. La Ley 1341 en cita no asigna funciones de naturaleza jurisdiccional a la CRC.

2. *“¿Qué tipo de competencia tiene la Comisión al resolver las controversias que son puestas en su conocimiento –y de las cuales conocían con anterioridad los tribunales de arbitramento– en virtud de lo dispuesto en la sentencia de 23 de septiembre de 2015 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado?”*

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones ha asignado a la Comisión de Regulación de Comunicaciones competencia para resolver las controversias que surjan durante la ejecución de la interconexión. Dicha competencia es de naturaleza administrativa porque tal es la naturaleza de la Comisión y de sus funciones en el Derecho Interno Colombiano, aspectos que no han sido modificados por el Derecho Comunitario de la Comunidad Andina de Naciones.

A lo dicho agrega la Sala las siguientes precisiones, teniendo en cuenta los términos en los cuales está formulada esta segunda pregunta:

- a) La sentencia del 23 de septiembre de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no asigna competencias a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, como tampoco lo hace ninguna otra decisión jurisdiccional.
- b) Las competencias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones tienen dos fuentes: el derecho interno, esto es, la Ley 1341 de 2009, y el Derecho Comunitario de la Comunidad Andina de Naciones, contenido en: (i) la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la mencionada Comunidad, que regula *“el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones de la Comunidad Andina”*, y (ii) la Resolución 432 de 2000 de la Secretaria General de la misma Comunidad que establece *“normas comunes sobre interconexión”*, en armonía con la interpretación prejudicial de las normas que integran el ordenamiento jurídico andino, a cargo del Tribunal de Justicia de la mencionada Comunidad.

Particularmente, la competencia para resolver las controversias que las partes en una relación de interconexión no puedan resolver entre ellas, le ha sido asignada a la CRC por

el artículo 32 de la Decisión 462, con expresa remisión a la “normativa nacional” para su ejercicio, en armonía con las disposiciones pertinentes de la Resolución 432.

- c) Los Estados Miembros del proceso de integración subregional andino han adoptado un ordenamiento jurídico común en materia de comunicaciones, conforme al cual las controversias que deriven de la ejecución de una relación de interconexión deben ser resueltas entre las partes y, de no ser posible, por la autoridad nacional de comunicaciones que en Colombia es la CRC.

Las disposiciones andinas y la jurisprudencia de la Sección Tercera no están suprimiendo atribuciones a “los tribunales de arbitramento”.

Esos tribunales se constituyen cuando las partes de una relación de interconexión han pactado acudir a la justicia arbitral para resolver sus controversias, en la oportunidad, y con el alcance y el contenido que las mismas partes hayan acordado, alcance y contenido que necesariamente deben enmarcarse dentro de la regulación constitucional y legal existente respecto de ese medio alternativo de justicia.

- d) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es la autoridad jurisdiccional de la Comunidad y una de sus funciones es la de “interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina...”, mediante decisiones que obligan a los Estados Miembros y a sus nacionales.

3. *“¿Puede la CRC, en el marco de sus competencias, adoptar decisiones de fondo sobre aspectos relativos a la ejecución de los contratos de interconexión entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, al solucionar controversias que surjan ‘durante la ejecución de la interconexión’ como el incumplimiento o la ruptura del equilibrio económico del contrato?”*

Con fundamento en la Decisión 462 de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina, la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina dispuso en su artículo 35 que las partes en una relación de interconexión deben regirse “por las normas comunitarias andinas y, en lo no previsto, por las disposiciones contenidas en la legislación de cada País Miembro donde se lleve a cabo la interconexión”, a la vez que, como se señaló en la respuesta anterior, el Capítulo IV de la misma Resolución 432 al regular la “solución de controversias”, radicó en las partes el arreglo directo como primera opción y, en su defecto, en la autoridad de comunicaciones del respectivo país el conocimiento de “cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión”.

Por consiguiente, la respuesta a la pregunta es afirmativa, como regla general de competencia, máxime cuando aspectos como el mencionado equilibrio financiero –del contrato de interconexión o de la relación de interconexión– son objeto de regulación por las normas comunitarias y por el derecho interno, de manera que no son expresión de la sola voluntad de las partes.

No obstante, como también se señaló, la Comisión de Regulación de Comunicaciones –en cada caso concreto y atendiendo a su eventual particular complejidad– evaluará la pertinencia de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial correspondiente.

4. *“¿El procedimiento que debe seguir la CRC para la solución de la controversia de interconexión corresponde al definido en el Título V de la Ley 1341 de 2009 y la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–? En caso negativo ¿cuál es el procedimiento que debe seguir y bajo qué motivación debe hacerlo?”*

Sí. El procedimiento especial para la solución de controversias en materia de interconexión es el previsto en el Título V de la Ley 1341 de 2009, en lo allí no previsto, se aplicará la Parte Primera del CPACA, bien sea porque: la Ley 1341 guardó silencio, o porque la Ley 1341 realizó una regulación parcial de la materia, caso en el cual el CPACA la complementará en lo pertinente. Además, el procedimiento no está regulado por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones, motivo por el cual debe aplicarse la legislación interna de cada país miembro.

5. *“¿Qué recursos proceden contra la decisión de la CRC que solucione la controversia contractual de interconexión puesta en su conocimiento? ¿Cuál es la autoridad competente para su trámite?”*

**a)** En sede administrativa, el único recurso procedente es el de reposición contra el acto administrativo proferido por la CRC, por expresa disposición del artículo 48 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con las disposiciones del CPACA. El objeto de dicho recurso será que el acto administrativo se aclare, modifique, adicione o revoque, y la autoridad competente para conocer de él es la misma CRC, según lo dispuesto en el artículo 74 del CPACA.

**b)** Como quiera que se trata de decisiones de naturaleza administrativa la persona que sienta lesionados sus derechos por el acto proferido por la CRC deberá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto y el restablecimiento del derecho conculcado. También podrá pedir que se le repare el daño causado por el acto acusado. Para el efecto, deberá acudirse a las reglas de competencia y procedimiento previstas en la Parte Segunda del CPACA.

Remítase al señor Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones 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. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Conjuez. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 8. Banco de la República. Desarrollo de actividades culturales. Contrato de comodato del Teatro Amira de la Rosa.

### Radicado 2330

Fecha: 13/06/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 3 de agosto de 2017

El Ministro de Hacienda y Crédito Público solicita a la Sala su concepto sobre el alcance de la función cultural del Banco de la República y su participación en la gestión y cuidado del Teatro Amira de la Rosa de la ciudad de Barranquilla.

### I. Antecedentes

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

1. En 1974 el Municipio de Barranquilla cedió a título gratuito a la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla, un lote de terreno de su propiedad con el fin de que se construyera el Teatro Municipal de la ciudad, aparcaderos, escuela de arte dramático, club juvenil, biblioteca, concha acústica y parque de recreación.
2. La Sociedad de Mejoras Públicas inició la construcción del referido teatro, pero en 1980, luego de algunos años de abandono de la obra y aduciendo falta de recursos, lo entregó en comodato al Banco de la República. En dicho contrato de comodato, el Banco de la República se obligó a: (i) terminar y adecuar para su uso el teatro municipal y (ii) administrar y usar el teatro en el marco de las funciones culturales que le asignaban el artículo 15 del Decreto 2617 de 1973 y el artículo 8º del Decreto 340 de 1980.
3. El contrato de comodato se suscribió por 99 años y a su terminación el Banco de la República se obliga a la restitución del respectivo inmueble. Advierte el organismo consultante que el contrato no contiene ninguna causal de terminación anticipada.
4. El Banco de la República completó la adecuación del teatro en 1982 y desde entonces lo ha usado para cumplir las actividades culturales que le permite la ley, conforme a lo previsto en el contrato.
5. Mediante Resolución 1277 del 31 de diciembre de 2006, el Teatro Amira de la Rosa (como se llamó al teatro municipal construido) fue declarado Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional, razón por la cual quedó sujeto al régimen legal previsto en la Ley 397 de 1997 para ese tipo de bienes, en particular al hecho de que todas las construcciones, refacciones, remodelaciones y obras de defensa y conservación que se le realicen, deben contar con la autorización previa del Ministerio de Cultura.
6. A raíz de algunas fisuras que se detectaron en el teatro, el Banco de la República contrató un estudio técnico para determinar su estado de conservación. El estudio

concluyó que el teatro presentaba un alto grado de vulnerabilidad y no cumplía las normas actuales de sismo resistencia (se diseñó y edificó con las técnicas existentes en el momento de su construcción), todo lo cual determinó el cierre inmediato del lugar para no comprometer la seguridad de los trabajadores y espectadores.

7. Conforme al mismo estudio técnico existen dos soluciones para recuperar el Teatro Amira de la Rosa: (i) su reforzamiento; o (ii) su reconstrucción total o parcial (esta opción tendría un costo menor que la primera). En cualquiera de los dos casos, la inversión superaría ampliamente el presupuesto anual asignado por el Banco de la República para el mantenimiento del teatro<sup>580</sup>.
8. En la medida en que el Banco de la República ha estado involucrado desde el principio en la construcción, mantenimiento y uso de la edificación, dice la consulta, *“la posibilidad de desligarse sin solución alguna para el problema que enfrenta la edificación puede representar riesgos reputacionales y controversias jurídicas de distinta naturaleza”*.
9. En este contexto, después del cierre del Teatro Amira de la Rosa, el Banco de la República se ha reunido con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla y la Alcaldía de Barranquilla, con el fin de buscar soluciones a la situación actual del teatro, *“teniendo en cuenta el ámbito de las funciones que a cada uno corresponden”*.
10. En relación con este último punto, la consulta hace énfasis en que la Ley 31 de 1992 limitó las funciones culturales del Banco de la República, por lo que existirían dudas sobre la posibilidad de (i) modificar la figura contractual con base en la cual asumió el uso de la edificación en 1980, (ii) participar en el proyecto de reforzamiento o reconstrucción del teatro y (iii) tomar parte en una nueva etapa de administración del Teatro Amira de la Rosa.
11. Se concluye que *“dado el carácter de edificación como Teatro Municipal y Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional, la importancia de que la región continúe contando con dichas instalaciones en el tiempo más breve posible, y el valor que conlleva la misma, se hace necesario verificar si existen mecanismos jurídicos que permitan la vinculación a dicho proyecto del Banco de la República, de otras entidades públicas, e incluso privadas, para llevar a feliz término la reconstrucción de tan importante centro cultural”*.

Con base en lo anterior, se formula la siguiente pregunta:

- *“En relación con la vigencia del contrato:*
  1. *Teniendo en cuenta que el Teatro Amira de la Rosa no es apto para el uso convenido en el contrato de comodato celebrado entre el Banco de la República y la Sociedad*

<sup>580</sup> Según la consulta el costo de la reconstrucción total sería de no menos de \$60.000 millones de pesos y el del reforzamiento de \$80.000 millones. Por su parte, el presupuesto anual de mantenimiento del edificio es de \$1.7 mil millones, que proyectado al plazo pendiente del comodato (63 años) asciende a \$41.000 millones.

*de Mejoras Públicas de Barranquilla, ¿se entiende de pleno derecho terminado dicho contrato de comodato?*

2. *En caso de que no se entienda terminado de pleno derecho el contrato de comodato, ¿puede el Banco de la República darlo por terminado unilateralmente en la medida en que no puede continuar con el uso convenido para el citado inmueble?*
  3. *Entendiéndose terminado el contrato de comodato o pudiendo el Banco de la República darlo por terminado unilateralmente, ¿puede el Banco de la República proceder a restituir el bien a la Sociedad en las condiciones actuales?*
- *En relación con la devolución temporal del inmueble para realizar obras:*
    4. *Si el contrato de comodato no se entiende terminado ni puede el Banco de la República darlo por terminado unilateralmente ¿a quién le corresponde hacer las obras de intervención que requiere el inmueble, teniendo en cuenta que el Banco cumplió con la terminación de la construcción del teatro con la tecnología y normas que para dicha época regían?*
    5. *Si el contrato de comodato no se entiende terminado ni puede el Banco de la República darlo por terminado unilateralmente, y es el propietario (y comodante) quien debe reconstruirlo, ¿qué efecto jurídico se presenta respecto del plazo previsto para el comodato y el alcance de las obligaciones pactadas durante el término en el cual el Banco no puede darle el uso convenido?*
    6. *Si la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla por su naturaleza jurídica de carácter privado de utilidad común y su campo limitado de acción (administrativa, humana, financiera, etc.) no puede llevar adelante las obras que requiere el inmueble ¿puede dicha sociedad ceder el teatro al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, para que sea dicho ente territorial quien en desarrollo de sus funciones públicas adelante la construcción, teniendo en cuenta su carácter de teatro municipal y cultural?*
    7. *En el evento planteado en la pregunta anterior, ¿puede el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla continuar como comodante del inmueble frente al Banco de la República?*
  - *En relación con la participación del Banco de la República en las obras de intervención del teatro, bien sea en el marco del actual contrato de comodato o, en caso de no ser posible, bajo otro mecanismo legal:*
    8. *Si la intervención que requiere el Teatro Amira de la Rosa corresponde a la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla como propietaria del mismo ¿puede el Banco de la República contribuir con la sociedad en su reconstrucción y en qué términos, teniendo en cuenta que se trata de una entidad de derecho privado sin ánimo de*

*lucro, y dadas las precisas funciones culturales que actualmente el Banco está autorizado a realizar conforme a su régimen legal propio?*

9. *En el evento en que la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla ceda el inmueble al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla ¿puede el Banco de la República contribuir con la Alcaldía de Barranquilla en la reconstrucción del Teatro y en qué términos, teniendo en cuenta las precisas funciones culturales que el Banco actualmente está autorizado a realizar conforme a su régimen legal propio?*
  10. *¿Puede el Banco de la República acordar terminar el contrato de comodato y participar en la reconstrucción del teatro, destinando a dicha reconstrucción los recursos que dejaría de sufragar para costos de mantenimiento y conservación del mismo si siguiera en calidad de comodatario por el término restante del contrato, incluyendo recursos adicionales para la terminación de la misma? ¿En dado caso, cuál sería el mecanismo jurídico para instrumentar o formalizar dicho acuerdo (nuevo contrato, convenio, mecanismos de conciliación, transacción, entre otros)?*
  11. *En el evento en que el Banco de la República pudiera contribuir con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla o con el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla a la reconstrucción del teatro, ¿podría hacerlo llevando a cabo directamente las obras de infraestructura que requiera o entregando a dichas entidades los recursos necesarios para adelantarlas?*
  12. *En el evento en que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, en caso de entregar recursos destinados a la reconstrucción del teatro ¿tendría el Banco de la República la obligación de hacer seguimiento a su contribución y, en dado caso, cuál sería el alcance de dicho seguimiento?*
  13. *En caso de que sea viable que el Banco de la República contribuya en cualquiera de los mecanismos antes mencionados a la reconstrucción del teatro ¿puede terminar el contrato de comodato una vez culminada su participación, y ceder sus derechos al propietario del inmueble, al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla o a otra entidad pública que cumpla funciones culturales?*
- *En relación con la donación del teatro al Banco de la República:*
    14. *¿Puede la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla dar el teatro en donación al Banco de la República para que este lo reconstruya y opere por cuenta propia, teniendo en cuenta que se trata de un Teatro Municipal y dado el objeto de dicha sociedad?*
    15. *En el evento en que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa ¿puede el Banco de la República recibir el teatro en donación de la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla para llevar a cabo la reconstrucción y operación del mismo por cuenta propia, teniendo en cuenta las precisas funciones culturales*

*que actualmente el Banco está autorizado a realizar conforme a su régimen legal propio?*

- *En relación con las funciones culturales del Banco de la República:*
  16. *En el contexto del desarrollo del contrato de comodato celebrado con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla de que tratan los numerales anteriores y teniendo en consideración la actividad cultural que se ha venido desarrollando en la ciudad de Barranquilla desde 1980 ¿dentro de la función misional de carácter cultural del Banco de la República se encuentra la construcción, dotación, mantenimiento y gestión de un nuevo complejo teatral en la ciudad de Barranquilla como centro cultural de la región Caribe, actividad misional independiente de la gestión contractual en la que se ha instrumentado dicha actividad? En dado caso, ¿es viable que el Banco proceda a devolver o entregar el Teatro Municipal a la ciudad?*

## **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

### **A. PROBLEMA JURÍDICO Y ACLARACIÓN PREVIA**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, desde el año 1980 el Banco de la República desarrolla actividades culturales en el Teatro Amira de la Rosa, en virtud de un contrato de comodato suscrito con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla, propietaria del respectivo bien. Como quiera que dicha edificación presenta actualmente problemas estructurales que impiden su uso, han surgido dudas sobre la terminación por esa causa del contrato de comodato, la entidad que debería asumir los costos de la reparación del bien y la posibilidad de que el Banco de la República participe en un nuevo proyecto para su reconstrucción y adecuación. Las preocupaciones principales surgen por las limitaciones que impuso la Ley 31 de 1992 a las funciones culturales del Banco de la República (en el sentido de que solo podría seguir cumpliendo las actividades culturales que desarrollaba a la entrada en vigencia de dicha ley), lo cual ha generado en esa entidad interrogantes sobre:

- (i) hasta dónde es compatible con sus funciones culturales mantener el contrato de comodato suscrito con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla, en la medida en que dicho contrato no aparece mencionado expresamente ni en la ley ni en los estatutos del Banco;
- (ii) si la destrucción del inmueble y la eventual terminación del referido contrato de comodato implicaría la extinción definitiva de las funciones culturales que el Banco de la República cumplía en el Teatro Amira la de la Rosa; y
- (iii) la posibilidad de que el Banco de la República explore nuevas figuras jurídicas y de colaboración con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla y el Municipio de Barranquilla, para asegurar la continuidad de sus funciones culturales en esa ciudad.

Para resolver estos problemas, la Sala estudiará en su orden los siguientes aspectos: i) las características generales del contrato de comodato, su terminación por la pérdida o imposibilidad de uso de la cosa dada en comodato y el sistema de reparto de los gastos entre comodante y comodatario; (ii) el marco constitucional de la función cultural del Estado y, en particular, el alcance de las funciones culturales del Banco de la República conforme a la Ley 31 de 1992 y el Decreto 2520 de 1993; y, finalmente, (iii) las posibilidades de articulación entre las diferentes entidades involucradas en el asunto, para garantizar tanto la continuidad de la función del Banco de la República en la ciudad de Barranquilla, como la preservación del Teatro Amira de la Rosa como bien de Interés Cultural de Carácter Nacional. La Sala advierte que el punto de partida de este concepto es lo informado en la consulta sobre el estado actual del Teatro Amira de la Rosa y la imposibilidad definitiva de darle el uso convenido por razones estructurales y de seguridad, aspecto este que la Sala entiende verificado desde el punto de vista técnico.

La Sala también observa que en la relación jurídica del Banco de la República con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla puede diferenciarse: (i) un contrato atípico de obra, por el cual el Banco de la República se obligó a terminar la adecuación y puesta en funcionamiento del Teatro Amira de la Rosa, el cual se encuentra directamente relacionado con la posibilidad de utilizar ese inmueble para su función cultural; (ii) el contrato de comodato, como objeto principal del acuerdo de voluntades y de la finalidad buscada por las partes, que le permitió al Banco de la República el uso de dicho escenario para la realización de su actividad cultural; y (iii) una relación de colaboración que sirve de sustento a las dos primeras y que facilita que cada entidad pueda cumplir su objeto cultural a través del contrato. Ahora bien, por las preguntas de la consulta, la Sala se centrará en la segunda relación jurídica (el comodato), en la medida en que respecto de la primera y la tercera no se presenta ningún interrogante en particular.

En este aspecto debe aclararse que, sin perjuicio de las menciones que se harán más adelante para contextualizar el asunto, las preguntas 1 a 7 de la consulta, relativas al contrato de comodato, se abordarán y responderán desde una perspectiva estrictamente teórica, es decir, sin relación particular con el contrato existente entre el Banco de la República y la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla. Lo anterior, en la medida en que un estudio del caso concreto exigiría por lo menos la comparecencia y aportación de los argumentos de ambas partes, así como la realización de un análisis probatorio de los hechos presentados, lo cual, salvo los casos previstos en el numeral 7<sup>581</sup> del artículo 112 del CPACA, escapa del ámbito propio de la función consultiva. Además, porque la consulta no se hace desde una perspectiva contenciosa (en el entendido de que exista un conflicto entre las partes y sea necesario definir cuál de ellas tiene la razón) sino colaborativa, con el fin de buscar soluciones orientadas a garantizar la continuidad de la función cultural del Banco de la República y la recuperación del Teatro Amira de la Rosa, como bien de interés cultural de carácter nacional. Hechas estas advertencias y con base en la información aportada por el organismo consultante relatada en los antecedentes, la Sala rinde el presente concepto.

581 "Artículo 112. (...) La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones: (...) 7. Emitir concepto a petición del Gobierno nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio".

## **B. EL CONTRATO DE COMODATO, LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS DE LAS PARTES Y LA TERMINACIÓN DEL VÍNCULO NEGOCIAL POR IMPOSIBILIDAD DE USAR LA COSA RECIBIDA EN COMODATO.**

### **1. Aspecto previo: el contrato suscrito entre el Banco de la República y la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla**

La consulta indica que la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla inició en la segunda parte del Siglo XX la construcción del teatro municipal de esa ciudad, hoy Teatro Amira de la Rosa, en un lote de terreno que recibió del Municipio de Barranquilla para ese fin. Luego de algunos años de abandono de la obra, la entregó mediante un contrato de comodato al Banco de la República, el cual consta en Escritura Pública 1580 del 26 de marzo de 1980. Para efectos de la presente consulta, se resaltan los siguientes aspectos de este contrato:

Según la Cláusula Primera del contrato *“LA SOCIEDAD hace entrega a EL BANCO, a título de comodato por el termino de noventa y nueve (99) años, del inmueble, junto con todas sus anexidades, construcciones usos y costumbres...”* En la cláusula tercera se deja constancia de que la construcción del teatro se encuentra *“inconclusa”* y en la cláusula cuarta se indica que dada la falta de recursos, la Sociedad de Mejoras hace entrega del lote de terreno y de las construcciones existentes *“a fin de que el Banco adelante dentro del menor tiempo posible la terminación de la construcción del Teatro, su decoración y sus instalaciones en forma tal que pueda la ciudad contar con esta manifestación cultural para la ciudad de Barranquilla”*. En el párrafo de esta cláusula cuarta se deja constancia de la aplicación del artículo 2204 del Código Civil, por el beneficio que recibe el comodante con la suscripción del contrato (sobre este punto se volverá más adelante).

En la cláusula quinta se menciona que las obras existentes se entregan bajo inventario y en la cláusula séptima se indica que el Banco queda ampliamente facultado para efectuar la construcción o construcciones necesarias para la *“terminación, organización y administración del Teatro, de acuerdo con los fines culturales que le son propios, según el artículo 15 del Decreto 2617 de 1973 y el artículo 8 del Decreto 340 de 1980 y cuya actividad está adelantando en el país”*. En la Cláusula Octava se pacta que a la terminación del contrato, el Banco de la República restituirá el inmueble con todas sus mejoras y anexidades, comprometiéndose la Sociedad de Mejoras a no transferir el dominio y la posesión del inmueble *“sin el previo consentimiento escrito por el Banco”*.

Finalmente se deja constancia de la comparecencia del representante legal del Banco de la República, quien declara recibido el bien dado en comodato por el término de 99 años y se obliga a su devolución cuando dicho plazo finalice. Además declara que *“EL BANCO adelantará la terminación de la construcción del Teatro, organizará su administración para dar cumplimiento a los fines culturales que benefician a la comunidad de la ciudad de Barranquilla, como son los deseos de LA SOCIEDAD”*.

Ahora bien, la consulta plantea que el inmueble dado en comodato presenta fallas estructurales y de sismo resistencia que impiden su uso para el fin convenido. Las

soluciones frente a esa situación serían un reforzamiento del inmueble o su reconstrucción. Dicho de otro modo, actualmente no existe un bien sobre el cual ejercer los derechos que da el comodato.

Se pregunta entonces si el contrato se encuentra terminado y si en tal caso el Teatro Amira de la Rosa se puede devolver a la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla en el estado en que se encuentra. Además se hacen otras preguntas sobre el contrato de comodato, como la posibilidad de cesión, la suspensión del plazo y la responsabilidad por los gastos que demandaría el arreglo del mencionado teatro. Para responder estos interrogantes desde un punto de vista teórico y conceptual, la Sala pasa a revisar la regulación que trae el Código Civil del contrato de comodato.

## 2. Régimen jurídico del contrato de comodato

Mediante el contrato de comodato o préstamo de uso una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso (artículo 2200 del Código Civil). Según lo anterior, el comodato es un contrato esencialmente gratuito, ya que de mediar contraprestación o pago por el uso de la cosa, *“el contrato se tornaría en arrendamiento o, incluso, en un negocio innominado”*<sup>582</sup>. Por otra parte, como fuera en su origen y se mantiene en algunas legislaciones, el comodato recae sobre bienes muebles, aunque en casos como el colombiano se ha extendido también (y la jurisprudencia lo ha aceptado) al préstamo de bienes inmuebles.

El comodato no transfiere el dominio de la cosa dada en comodato<sup>583</sup> y por lo mismo el comodante conserva sobre ella *“todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario”* (artículo 2201 C.C.). Por contera, el comodatario es un simple tenedor de la cosa, obligado a su restitución al vencimiento del plazo o cuando se ha cumplido el servicio para el cual le ha sido prestada (artículo 2205 C.C.).

Por regla general el contrato de comodato se celebra en beneficio exclusivo del comodatario (a quien se permite el uso gratuito de la cosa), aun cuando puede ocurrir también, sin que ello desvirtúe la figura, que el comodante reciba beneficios recíprocos, como cuando lo que entrega en comodato son *cosas ociosas o inactivas*, beneficiándose así del cuidado y vigilancia que de ellas hará el comodatario. Esto último es particularmente relevante en materia de responsabilidad, pues en los casos en que el comodato se celebra en *pro* de ambas partes, se reduce el cuidado exigible al comodatario, tal como se verá más adelante.

582 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2008, expediente 2000-00710. Al respecto Bonivento señala refiriéndose a las características del comodato: “c). Es gratuito. El uso y goce que se proporciona es sin contraprestación (...) Si el comodatario por el uso se obliga a alguna contraprestación desaparece el contrato y se convierte en otro negocio jurídico, de acuerdo con el querer o intención de las partes”. (BONIVENTO, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, décimo sexta edición, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004, p. 648.

583 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2008, expediente 2000-00710.

Según Valencia Zea<sup>584</sup>, el comodato forma parte del grupo de contratos cuyo objeto principal es la “*cesión del uso y disfrute*” de las cosas. En tal sentido, a la vez que presenta diferencias, también tiene puntos de contacto con otros contratos de esa misma clase, como el usufructo (en el que a diferencia del comodato se traslada un verdadero derecho real y no simplemente personal), el arrendamiento (en el que el uso de la cosa se concede a cambio de una remuneración) y la anticresis (donde la cesión del uso del bien constituye un medio para el pago de una obligación mediante el aprovechamiento de sus frutos).

Se ha advertido también que el comodato es un contrato *intuitu personae* (en consideración a las calidades del comodatario), en la medida en que “*el comodante no se determina a conceder la cosa sino a persona a quien quiera hacer un favor, y que de otro lado, ofrezca confianza de conservación de la cosa y de restitución puntual de ella, sin necesidad de acudir al juez*”<sup>585</sup>.

Este carácter personal del comodato determina, por ejemplo, que la restitución del bien pueda exigirse anticipadamente por la muerte del comodatario (artículo 2205 C.C.) y que los herederos de este no tengan derecho “*a continuar en el uso de la cosa prestada*” (artículo 2211 C.C.).

Por el contrario, la muerte del comodante no extingue el comodato (artículo 2215 C.C.), ni sus herederos están en imposibilidad de continuarlo (artículo 2211 C.C.), de donde se sigue además que no existe ninguna restricción para que el comodante ceda el contrato a un tercero conforme a las normas generales que rigen las obligaciones, siempre, claro está, que el contrato no haya terminado.

Igualmente se ha indicado que el comodato puede tener carácter *sin alagmático imperfecto*<sup>586</sup>, en el sentido de que si bien en principio el comodante no adquiere obligaciones, puede llegar a hacerlo en virtud de lo que acuerden las partes. En todo caso, el comodante deberá respetar el plazo del comodato (cuando se pacta) y eventualmente tendrá algunas obligaciones de reembolso de gastos urgentes (artículo 2216 C. C.) e indemnizatorias en los casos de mala calidad de la cosa prestada (artículo 2217 C. C.). Por el contrario, el comodatario está obligado a darle al bien el uso convenido, (artículo 2202), a emplear el mayor cuidado en su mantenimiento (artículo 2203 C. C.), a asumir las expensas ordinarias de conservación (artículo 2216-1 C. C.) y a restituir la cosa a la terminación del contrato (artículo 2205 C. C.).

En relación con el plazo del comodato cabe decir que las partes pueden pactarlo libremente (salvo que quien actúe como comodante sea una entidad pública<sup>587</sup>), o sujetarlo al cumplimiento del servicio para el cual se concede el uso del bien, o

584 Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Tomo IV, De los contratos, Temis, Bogotá, 1988.

585 Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI. Relaciones obligatorias Singulares, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955, p. 106

586 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2008, expediente 2000-00710. Ver también Barbero, Doménico, Sistema de Derecho Privado, Tomo IV Contratos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 266

587 Ley 9 de 1989: “**Artículo 38.** Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables”.

simplemente dejarlo a la voluntad del comodante, caso en el cual se estaría en presencia de un comodato precario (artículo 2219 C. C.). En lo demás, al no haber regulación especial para el comodato, se aplicarían las reglas generales de las obligaciones a plazo, que no se oponen a su ampliación, suspensión o anticipación por mutuo acuerdo. Recuérdese que la primera forma de extinguir o modificar las obligaciones es por el mutuo acuerdo de las partes (artículo 1625 C. C.).

Ahora bien, aun cuando el Código Civil no lo señala expresamente, de la naturaleza del contrato de comodato se deriva que, salvo pacto en contrario, el comodatario puede terminar el comodato en cualquier tiempo<sup>588</sup>, en la medida en que no puede ser obligado a disfrutar del uso de una cosa que no quiere. Sin embargo, también debe advertirse que cuando existe un plazo y ese plazo está previsto en beneficio de ambas partes (como sucede en el caso analizado), la renuncia voluntaria del comodatario no sería posible en virtud de lo dispuesto en el artículo 1554 del Código Civil<sup>589</sup>.

Por su parte, el comodante puede exigir la restitución anticipada si muere el comodatario, según ya se dijo, pero además, dado el carácter gratuito de la figura, si le sobreviene una necesidad imprevista y urgente de usar el bien y si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa (artículo 2205 C. C.).

Finalmente se ha indicado, siguiendo las reglas generales de las obligaciones<sup>590</sup>, que al comodato se aplica la regla “*res perit domino*”, según la cual la cosa perece para su dueño, salvo que el comodatario se encuentre en mora<sup>591</sup>. En consecuencia, el comodante sufre las consecuencias de la pérdida o de los daños de la cosa cuando estos no han ocurrido por una causa imputable al comodatario<sup>592</sup>.

### 3. Los gastos ordinarios y extraordinarios para la conservación de la cosa

En relación con este punto en particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2216 del Código Civil sobre las indemnizaciones que el comodatario podría reclamar al comodante:

**“Artículo 2216.** *El comodante es obligado a indemnizar al comodatario de las expensas que sin su previa noticia haya hecho, para la conservación de la cosa, bajo las condiciones siguientes:*

1. *Si las expensas no han sido de las ordinarias de conservación, como la de alimentar al caballo.*

588 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2008, expediente 2000-00710. Ver también, Messineo, Francesco. Óp. cit., p. 111.

589 “Artículo 1554. El deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar”.

590 Artículo 1607 del Código Civil: “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla”.

591 Bonivento, Fernández, óp. cit. p. 683.

592 De Cosío, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Derecho de las obligaciones. Alianza Editorial, Madrid, 1975, p. 451.

2. *Si han sido necesarias y urgentes, de manera que no haya sido posible consultar al comodante, y se presume fundadamente que teniendo este la cosa en su poder no hubiera dejado de hacerlas”.*

Lo anterior significa, como ya se dijo, que las expensas ordinarias de conservación de la cosa están a cargo del comodatario y que en ningún caso dan derecho a indemnización o reembolso (numeral 1). Según se indicó, el uso gratuito de la cosa comporta para el comodatario la obligación de darle un uso adecuado y responder por su conservación (artículo 2203 C. C.).

Por el contrario, las expensas extraordinarias (no comunes u ordinarias), están a cargo del comodante y, si las hace el comodatario, solo serán reembolsables (i) si fueron autorizadas previamente por el comodante o (ii) cuando por su urgencia y necesidad no pudieron ser consultadas con él y se pueda presumir fundadamente que las hubiera realizado si la cosa estuviera en su poder (numeral 2). Sobre el alcance de esta disposición, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

*“De esta manera, mientras los primeros –los gastos ordinarios– son de cargo del comodatario, pues corresponden al derecho de usar la cosa (gastos de uso) y a la obligación de conservarla en el estado en que fue entregada (gastos de conservación), los segundos –los gastos extraordinarios– incumben al comodante, en tanto que hacen relación a cuestiones urgentes que van más allá del uso natural convenido y se distinguen porque, sin su oportuna satisfacción, la cosa correría el riesgo de malograrse o extinguirse; es más, son gastos que benefician al prestador, al punto que sería posible inferir de modo razonable que este, de tener la cosa en su poder, los hubiera hecho inexorablemente”. (Se resalta)<sup>593</sup>*

Por tanto, en esta materia se aplican las mismas reglas del arrendamiento, según las cuales son de cuenta del arrendatario (comodatario) las reparaciones locativas<sup>594</sup> y del arrendador (comodante) las necesarias<sup>595</sup>. Solo que en el caso del comodato, al tratarse de una relación gratuita, el comodante, una vez tiene noticia del estado de la cosa, no se encuentra obligado a repararla y a volverla a poner en condiciones de disfrute del comodatario. En este orden, cabe señalar que los gastos que pueda requerir el bien dado en comodato, en cuanto no correspondan a las expensas ordinarias de conservación o se originen en causas imputables al comodatario, corresponden al comodante.

#### 4. La terminación del contrato de comodato por imposibilidad de usar el bien

En este punto, se pregunta sobre los efectos que tiene en el comodato la aparición de defectos o fallas graves en el bien recibido en comodato, al punto que se ha vuelto imposible su uso. Según se indica, se requeriría la refacción o reconstrucción total del

593 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2008, expediente 2000-00710.

594 “Artículo 1998. El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas. Se entienden por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabros de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.”.

595 “Artículo 1985. La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer, durante el arriendo, todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario”.

bien para que este pueda ser aprovechado nuevamente. Se pregunta entonces si en este caso se entendería terminado o no el contrato de comodato.

Al respecto, tanto la jurisprudencia<sup>596</sup> como la doctrina<sup>597</sup> reconocen que el contrato de comodato termina, entre otras razones, por la pérdida de la cosa. Lo anterior es evidente, porque si el objeto del comodato es entregar una cosa a otro “*para que haga uso de ella*” (artículo 2220 C. C.), lo lógico es que el contrato termine si la cosa perece o su uso se hace imposible.

Aunque no existe una previsión expresa en este sentido en las disposiciones que regulan de manera particular el contrato de comodato, dicha regla se deriva de las normas generales que rigen las obligaciones. En particular, del artículo 1625 del Código Civil, según el cual las obligaciones se extinguen en todo o en parte “7. *Por la pérdida de la cosa que se debe*” y del artículo 1729, que dispone que “*cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación*”. Además, en el caso planteado, resultaría aplicable por analogía<sup>598</sup> el artículo 1990 del Código Civil, que regula la terminación del contrato de arrendamiento por la imposibilidad de darle al bien el uso para el cual fue entregado:

**“Artículo 1990.** *El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aún a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aún en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario. Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial, o si la cosa se destruye en parte, el juez o prefecto decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta”.*

Como se observa, la ley prevé que el contrato de arrendamiento se pueda dar por terminado si el mal estado o calidad de la cosa le impide al arrendatario hacer uso de ella, con independencia de que el arrendador hubiera o no tenido conocimiento de esa circunstancia y sin importar si esa imposibilidad de uso aparece después de iniciado el contrato, pero sin culpa del arrendatario. La misma solución se aplica cuando el bien necesita reparaciones de tal naturaleza que hacen imposible su aprovechamiento:

**“Artículo 1986.** *El arrendador, en virtud de la obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, no podrá, sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos algunos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella.*

596 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2008, expediente 2000-00710: “1.10 Recuérdese, por otra parte, que el préstamo de uso termina 1) **Por la pérdida de la cosa**; 2) Por el vencimiento del plazo pactado o el cumplimiento de la condición convenida; 3) Salvo pacto en contrario, por voluntad unilateral del comodatario en cualquier tiempo y; por voluntad unilateral del comodante en los siguientes casos (...)” (Se resalta)

597 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2008, expediente 2000-00710.

598 Ley 153 de 1887. **Artículo 8°.** Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

*Con todo, si se trata de reparaciones que no pueden sin grave inconveniente diferirse, será el arrendatario obligado a sufrirlas, aun cuando le priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje entre tanto el precio o renta, a proporción de la parte que fuere. **Y si estas reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa, que el resto no aparezca suficiente para el objeto con que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el arrendamiento**". (Se resalta).*

Las reglas que subyacen en estas disposiciones resultan comunes a los contratos de cesión de uso y disfrute como el comodato –véase también la terminación del usufructo por extinción de la cosa fructuaria<sup>599</sup>–, pues es claro que si la cosa prestada no se puede utilizar para el fin convenido, el contrato simplemente se extingue por carencia de objeto. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera desde un punto de vista teórico y conceptual que el contrato de comodato termina si está demostrado que el mal estado o calidad de la cosa impide definitivamente hacer uso de ella para los fines convenidos.

## 5. La devolución del bien recibido en comodato por la terminación anticipada del contrato

En la tercera pregunta se consulta si la terminación del contrato de comodato por la imposibilidad de usar el bien prestado, determina a su vez que el comodatario pueda devolverlo en las condiciones en que se encuentre dicho bien. Al respecto se observa lo siguiente:

Como ya se había indicado, el comodatario puede usar el bien dado en comodato para el uso convenido, debiendo indemnizar al comodante de todo daño que le genere el incumplimiento de dicha obligación (artículo 2202 C. C.). Por su parte, el artículo 2203 del mismo estatuto establece que el comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y que será responsable del deterioro que no provenga de su uso legítimo.

La misma disposición señala que el comodatario responde *hasta de la culpa levisima*, salvo que el comodato fuere en pro de ambas partes, caso en el cual su responsabilidad solo se extenderá hasta *la culpa leve* (artículo 2204 C. C.), y si se celebrare exclusivamente a favor del comodante, solo irá hasta la culpa lata (artículo 2204 C. C.). Se siguen así las reglas generales del artículo 1604 del Código Civil sobre los grados de culpa exigibles al deudor<sup>600</sup>.

En el caso analizado las partes pactaron expresamente la aplicación de este artículo, en la medida en que el contrato también se celebraba en beneficio del comodante<sup>601</sup>. En

599 Código Civil. "Artículo 866. El usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa fructuaria; si solo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante.

Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de este, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo. Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de esta conservará su derecho sobre toda ella".

600 "Artículo 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio".

601 Cláusula Cuarta (...) PARÁGRAFO. Por razón del beneficio que representa para LA SOCIEDAD la realización de las obras anteriormente especificadas, que adelantará EL BANCO en el inmueble recibido en comodato, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 2204 del Código Civil sobre responsabilidad del comodatario".

consecuencia, el grado de cuidado exigible al comodatario solamente se extiende *hasta la culpa leve*<sup>602</sup>, en virtud de las reglas anteriormente indicadas.

De otra parte, el Código Civil señala que el comodatario *no responde del caso fortuito*, salvo cuando ha empleado la cosa en un uso indebido o ha demorado su restitución; cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levisima; cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya; y cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos (artículo 2203 C.C.).

Finalmente, como también se indicó, en el comodato los gastos ordinarios de conservación de la cosa son del comodatario y los extraordinarios del comodante (artículo 2216 *ibídem*), de modo que no debe el comodatario asumir los segundos si el bien sufre daños sin su culpa o responsabilidad. En el caso concreto es claro que los costos de reconstrucción del inmueble no serían gastos ordinarios sino extraordinarios, según se dijo anteriormente.

En síntesis, si los problemas que impiden el uso del bien dado en comodato son anteriores a la suscripción del contrato y si, por lo mismo, no se originan o tienen relación con (i) usos indebidos del bien, (ii) falta de mantenimiento o cuidado en su conservación, (iii) conductas imputables a título de culpa grave o leve o (iv) situaciones de caso fortuito por las que el comodatario debe responder, la devolución del bien puede hacerse en el estado en que se encuentra, sin que haya lugar a que el comodatario deba repararlo previamente o que deba pagar algún tipo de indemnización o compensación por dicha causa.

Por el contrario, si los problemas que enfrenta el bien tuvieran origen o relación, total o parcial, con alguna de las anteriores causas, el comodatario podría verse enfrentado a una reclamación indemnizatoria, lo que haría aconsejable algún tipo de arreglo o acuerdo antes de devolver el respectivo inmueble.

Finalmente cabe decir que el comodatario tampoco podría reclamar ninguna compensación por las obras hechas en el inmueble si se obligó a ellas sin ningún pacto de reembolso, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia al señalar que:

*“Se insiste, la voluntad de la ley, derivada incluso de una elemental equidad, es que el comodante solo satisfaga los gastos urgentes y extraordinarios que demande la conservación de la cosa, pero todo aquello que libremente invierte el comodatario, según su proyecto económico, debe mirarse como una dotación a propósito del emprendimiento de este, que no puede trasladar al prestador.*

*De ello se sigue que si no se pacta expresamente una retribución, el comodatario no está autorizado para pedir el reembolso de las obras, mejoras o arreglos o, en general, cualquier*

602 “Artículo 63. (...) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano”.

*gasto que haya realizado para la adecuación de la cosa al fin de ser puesta a su servicio, justamente para su bienestar y no la del comodante.*

*Conclúyese, por ende, que al finalizar el contrato, salvo pacto expreso en contrario, el comodante debe recibir la cosa que entregó, asumiendo el deterioro natural, pero adquiriendo también las cosas que le fueron añadidas durante la vigencia de la relación contractual”<sup>603</sup>*

Hecho el estudio del contrato de comodato, de las obligaciones de las partes y de su terminación anticipada, la Sala pasa a revisar las funciones culturales del Banco de la República, con el fin de determinar si puede vincularse a un nuevo proyecto de reconstrucción y puesta en funcionamiento de dicha edificación.

## C. LA FUNCIÓN CULTURAL DEL BANCO DE LA REPÚBLICA Y SU CONTINUIDAD EN LA LEY 31 DE 1992 Y EL DECRETO 2520 DE 1993

### 1. Aspecto previo: marco constitucional de la función cultural del Estado.

Antes de referirse de manera específica a las funciones culturales del Banco de la República, es importante recordar, como ya había indicado esta Sala en una oportunidad anterior<sup>604</sup>, que la cultura tiene un marco constitucional especialmente reforzado, el cual gira en torno al deber del Estado de reconocer, respetar, promover y fortalecer su desarrollo y, sobre todo, de apoyar y estimular a quienes ejercen esas actividades<sup>605</sup>.

Como se indicó en esa misma oportunidad<sup>606</sup>, la Constitución establece que (i) la participación de todos en la vida cultural de la Nación es uno de los fines esenciales del Estado (artículo 2); (ii) el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7); (iii) el Estado y la sociedad tienen la obligación de proteger las riquezas culturales de la Nación (artículo 8); (iv) el acceso a la cultura y a la recreación constituyen derechos fundamentales de la niñez (artículo 44); (v) el Estado tiene el deber de fomentar las actividades relacionadas con el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre (artículo 52); (vi) la educación es un derecho de todas las personas y es responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia (artículo 67); (vii) la promoción de la investigación, la ciencia y la difusión de los valores culturales es un deber estatal (artículo 70); (viii) la cultura en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad (artículo 71); y (ix) el Estado tiene la tutela y protección del patrimonio cultural de la Nación (artículo 72).

603 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2008, expediente 2000-00710.

604 Concepto 2146 de 2013.

605 “En previas ocasiones esta corporación ha tenido la oportunidad de referirse al derecho a la cultura en nuestro ordenamiento constitucional y de delimitar algunos de sus contenidos. **La mayor parte de los pronunciamientos se han centrado en la obligación de promoción a cargo del Estado**”. (Sentencia C-434 de 2010). Anteriormente se había señalado también: “Del contexto normativo que acaba de presentarse se concluye que el desarrollo cultural de la Nación y el apoyo a las expresiones artísticas de los nacionales son objetivos primordialmente perseguidos por el constituyente del 91. En efecto, del texto de la Constitución Política emana un claro interés por favorecer, promover, reforzar y divulgar los valores culturales como medio efectivo para consolidar la unidad del territorio colombiano. De allí el énfasis de la Carta por obligar a las autoridades públicas a asumir un papel protagónico en la creación de medios de expresión artística que permitan a los colombianos identificarse como nación a partir del reconocimiento de sus características culturales”. (Sentencia C-661 de 2004. Ver también sentencias C-1097 y C-1339 de 2001 y C-666 de 2013).

606 Concepto 2146 de 2013.

La Sala señaló, como ahora se reitera, que esta multiplicidad de disposiciones constitucionales “reflejan el lugar privilegiado que el constituyente le dio a la cultura”<sup>607</sup> y fundamentan el deber del Estado de garantizar el acceso a la cultura a través de las distintas entidades a las que la ley les ha asignado funciones de ese tipo.

Además la Sala indicó que el hecho de que la cultura no tenga una rentabilidad económica y a pesar de ello reciba el apoyo del Estado, tiene justificación en la cláusula del Estado Social de Derecho consagrada en el artículo 1 de la Constitución Política<sup>608</sup>. De allí, el énfasis de la Carta por conminar a las autoridades públicas con funciones culturales a asumir un papel protagónico en el desarrollo de la actividad cultural, de manera que “no puede existir ninguna duda, sobre el claro mandato constitucional de que el Estado defina y lleve a cabo una política cultural que eleve el nivel artístico e intelectual de todos los colombianos, política esta en la cual serán pilares esenciales el fomento de actividades encaminadas a la obtención de tales fines”<sup>609</sup>

Todo lo anterior es particularmente relevante para la presente consulta, en la medida en que las funciones culturales del Banco de la República, en cuanto entidad que forma parte de la estructura del Estado (artículo 113 C. P.), no se pueden interpretar de manera aislada sino en relación con los principios constitucionales que se acaban de referir, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-050 de 1994, al estudiar la constitucionalidad de las funciones culturales al Banco de la República previstas en el artículo 25 de la Ley 31 de 1992:

*“Antes que contrariar mandato constitucional alguno, la Corte encuentra la norma que se examina plenamente avenida al estatuto supremo, **como quiera que encuentra pleno fundamento en el artículo 70 de la Carta Suprema**, según el cual:*

*“El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas de creación de la identidad nacional.*

*“La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación” (Se resalta).*

Por tanto, el entendimiento que se haga de las funciones culturales del Banco de la República, además de observar el principio de legalidad, debe ser compatible también con el marco constitucional que regula las funciones culturales del Estado, particularmente con el mandato de un Estado responsable (activo) del desarrollo y promoción de la actividad cultural. Asimismo, en virtud de los principios constitucionales de colaboración y coordinación interinstitucional (artículos 113 y 209 C. P.), el Banco de la República

607 Ibidem.

608 Ibidem.

609 Sentencia C-666 de 2010, con apoyo en sentencia C-671 de 1999.

debe articular su funciones culturales con otras entidades estatales responsables de la promoción y apoyo de la actividad cultural, que en últimas es un fin general del Estado y no exclusivamente del banco emisor.

## 2. Las funciones culturales del Banco de la República: el concepto de continuidad como criterio determinante de su alcance

### 2.1 Antecedentes de la función cultural del Banco de la República: nace en el marco de su condición de persona jurídica de derecho privado y se conserva al transformarse en entidad estatal

Según Gómez Arrubla<sup>610</sup>, la labor cultural del Banco de la República empieza en 1932, cuando se conforma una biblioteca económica que poco a poco se enriquece con la adquisición de varias bibliotecas particulares y que en 1958 daría lugar a la creación de la Biblioteca Luis Ángel Arango.

Por su parte, el origen del Museo del Oro se remonta al año 1939 cuando se adquiere el primer objeto de la actual colección<sup>611</sup>. Según Acta de la Junta Directiva No. 1174 del 17 de mayo de 1939, el Banco de la República habría recibido una nota del Ministerio de Educación en la que le encarecía *“comprar, para conservarlos, los objetos de oro o plata de fabricación indígena y de época precolombina, los que el Ministerio compraría por su valor material”*.<sup>612</sup>

A estas actividades se fueron sumando funciones culturales en el campo de la pintura, la música, la fotografía y las artes en general, en el entendido de que el servicio que el Banco de la República debía prestar a la sociedad no se limitaba al ámbito estrictamente económico<sup>613</sup>.

Es importante señalar que según la Ley 25 de 1923, el Banco de la República era para ese momento una sociedad por acciones, que actuaba como una persona jurídica de derecho privado<sup>614</sup> a pesar de la participación del Estado en su capital<sup>615</sup>. Por tanto, las actividades culturales del Banco se desarrollan en esa época en el contexto de su autonomía societaria y como expresión de lo que hoy se denominaría la responsabilidad social empresarial.

Solamente en 1973, cuando el Banco de la República empieza a transformarse en una entidad de derecho público sujeta a un régimen especial<sup>616</sup>, aparece la primera referencia

610 Gómez Arrubla, Fabio. Historia del Banco de la República. Bogotá, 1983, Ediciones del Banco de la República, pp. 298 y ss.

611 [www.banrepcultural.org/museo-del-oro/quienes-somos](http://www.banrepcultural.org/museo-del-oro/quienes-somos).

612 Citada por Sánchez Cabra, Efraín. El Museo del Oro. Banco de la República, Boletín cultural y Bibliográfico, volumen 40, número 64, 2003.

613 Gómez Arrubla, óp. cit. p. 299.

614 Gómez Arrubla, óp. cit., p. 50: *“Prevaleció como era de esperarse, la posición de las personas que sostenían la necesidad de un establecimiento de derecho privado, no obstante que el Estado sería el principal accionista. Continuábamos en la era de la plena libertad económica, y definitivamente las huellas dejadas por el Banco Nacional y el Banco Central de Colombia, mostraban muy a las claras la animadversión por un banco central oficial”. En Sentencia del 7 de julio de 1930, al negar una demanda contra la composición de la junta directiva de la entidad, la Corte Suprema de Justicia señaló que “El Banco de la República no es un banco del Estado”.*

615 El capital del Banco estaba conformado por 4 tipos de acciones: 1) Acciones Clase A, suscritas por el Gobierno nacional; Acciones Clase B, suscritas por los bancos que realizaban operaciones bancarias de comercio (no hipotecarias); Acciones Clase C, suscritas por bancos extranjeros que tuvieran negocios en Colombia; y Acciones Clase D, disponibles para el público en general. (artículo 4° de la Ley 25 de 1923). Posteriormente, mediante el Decreto 322 de 1957 fueron creadas las Acciones clase E para los bancos oficiales y semioficiales.

616 La Ley 7° de 1973 y el Decreto 2167 de 1973, ordenan al Gobierno nacional la adquisición de las acciones Clase B, C, D y E. Según Ibáñez Najjar: *“Más importante que la nacionalización del capital del Banco de la República, fue su conversión como entidad estatal en 1973, puesto que de su*

normativa a las funciones culturales del Banco de la República. En un primer momento el artículo 20 de la Ley 7 de 1973<sup>617</sup> dispuso lo siguiente:

**“Artículo 20º.** *El Banco de la República adelantará las labores de fomento cultural e investigación que acuerde la Junta Directiva con el voto favorable del Ministro de Hacienda”.*

De acuerdo con esta disposición el Banco de la República podía adelantar labores de fomento cultural e investigación científica, según lo determinara su Junta Directiva. No obstante, dado que dicho artículo y gran parte de la Ley 7 de 1973 fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en el entendido de que las materias allí reguladas no eran competencia del Congreso de la República sino del Presidente de la República (artículo 120-14 C. P. de 1886), se expidió el Decreto 2617 de 1973, en el cual se incorpora nuevamente la función cultural del Banco de la República.

Inicialmente, en los considerandos de este decreto se señala *“que siendo conveniente determinar qué parte de las utilidades del Banco de la República se debe destinar en forma más concreta a fines culturales (...) es necesario adicionar, en este solo aspecto, las normas orgánicas de dicho Banco”.* De conformidad con lo anterior, los artículos 15 y 21 del referido Decreto 2617 de 1973 establecieron lo siguiente:

**“Artículo 15.** *El Banco de la República adelantará las labores de fomento cultural e investigación que acuerde la Junta Directiva con el voto favorable del Ministro de Hacienda”.*

De este modo se mantenía en la Junta Directiva del Banco la definición de las labores de fomento cultural que adelantaría la entidad, con la necesidad del voto favorable del Ministerio de Hacienda. Además se preveía la conformación de un fondo educativo universitario con parte de las utilidades del Banco. Posteriormente, el Decreto 340 de 1980<sup>618</sup>, que constituye el antecedente inmediato de la Ley 31 de 1992 actualmente vigente, estableció lo siguiente en su artículo 8º:

**“Artículo 8º.** *El Banco de la República, de conformidad con su tradición, podrá continuar contribuyendo con recursos provenientes de sus utilidades al desarrollo de labores culturales. Las condiciones de modo, tiempo y lugar en que realice estas actividades y los correspondientes presupuestos, serán determinados por la Junta Directiva”.* (Se resalta).

Como puede verse, esta disposición le da “continuidad” a las funciones culturales del Banco de la República consagradas desde 1973 y reitera nuevamente que las condiciones de tiempo, modo y lugar para su realización serán determinadas por la Junta Directiva de la entidad, aunque ya sin la exigencia del voto favorable del Ministro de Hacienda.

---

*condición de entidad privada para cumplir funciones públicas por delegación del Estado, pasó a ser un órgano de este y por lo tanto de derecho público económico, para cumplir esas mismas funciones que en lo sucesivo el Estado no podría delegar (...)”* (Ibáñez Najjar, Enrique, Estatización del Banco de la República. En: El Banco de la República, antecedentes evolución y estructura, Bogotá, 1990, Banco de la República, p. 588.

617 Por la cual se regula sobre la emisión, se dan unas autorizaciones al Gobierno para celebrar un contrato, se adicionan las facultades de la Junta Monetaria y se dictan otras disposiciones.

618 Por el cual se ejerce la intervención presidencial en el Banco de Emisión.

## 2.2 La Constitución Política de 1991 y la preservación de las funciones culturales del Banco de la República en la Ley 31 de 1992

De acuerdo con el artículo 371 de la Constitución Política, el Banco de la República ejerce las funciones de banca central y está organizado como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa patrimonial y técnica y sujeto a un *régimen legal propio*. Según el artículo 372 de la misma Carta, el Banco de la República ejercerá sus funciones con base en la ley especial que se expida para ese efecto, la que a su vez servirá de base para que el Gobierno nacional adopte los estatutos de la entidad.

Aun cuando la Constitución Política de 1991 no se refirió expresamente a las funciones culturales del Banco de la República, en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente quedó constancia de la necesidad de asegurar su continuidad<sup>619</sup>. De este modo, se entendió que la ley del banco establecería esa competencia<sup>620</sup> y así quedó expresamente señalado en la constancia de los delegatarios Carlos Ossa e Ignacio Molina una vez aprobada la nueva Constitución:

*“Aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el tema relacionado con el Banco de la República, consideramos necesario indicar los aspectos sobresalientes de esta decisión constitucional, con base en lo aprobado tanto en la Comisión V como en la primera y segunda vueltas con el objeto de precisar el alcance de las normas contenidas en la nueva Constitución sobre esta materia (...) f) Otras funciones complementarias. En desarrollo de las funciones anteriores, al Banco le corresponderá mantener con otras instituciones del exterior las relaciones que se deriven de su naturaleza de banca central, y servir, en nombre del país, como canal de comunicación con os distintos organismos internacionales a los cuales pertenece Colombia. Así mismo, el Banco podrá continuar cumpliendo las actividades culturales que desarrolla”<sup>621</sup> (Se resalta).*

Posteriormente, tanto en la exposición de motivos como en las ponencias de senado y cámara del proyecto de ley especial que regularía las funciones del Banco de la República (hoy Ley 31 de 1992), hubo consenso en asegurar *la continuidad* de sus funciones culturales<sup>622</sup>, aun cuando limitadas a las que desarrollaba en ese momento:

*“Siguiendo los lineamientos de la Constitución, no resulta conveniente que el Banco de la República desarrolle nuevas actividades culturales. Por lo tanto su actividad en este campo*

619 Ver intervención de la Delegataria María Mercedes Carranza en la Sesión Plenaria del 17 de mayo de 1991 “el Banco tiene en este momento áreas culturales en veintitrés ciudades, estas áreas constituyen, podemos decirlo, el epicentro alrededor del cual gira la actividad cultural, la actividad intelectual, la actividad artística de estas ciudades”.

620 Gacetas Constitucionales 95 del 11 de junio de 1991 (proposición aditiva 11) y 104 del 21 de junio de 1991.

621 Constancia del 3 de julio de 1991, publicada en la Gaceta Constitucional 144 del 31 de diciembre de 1991.

622 Exposición de Motivos de la Ley 31 de 1992, *Gaceta del Congreso* No. 21 de 1992: “8. Actividades conexas (...) Finalmente, dado el aporte del Banco de la República al patrimonio cultural colombiano, este podrá continuar cumpliendo dichas funciones culturales y científicas que actualmente desarrolla. Para el efecto se propone un nuevo régimen financiero: los gastos para atender el funcionamiento y el mantenimiento de la infraestructura que posee el Banco para el cumplimiento de las funciones de carácter cultural y científico que actualmente desarrolla, continuarán registrándose como egresos ordinarios operacionales del Banco; por su parte, las nuevas actividades con terceros a ser contratadas por el Banco en el desarrollo de sus programas culturales así como las inversiones que proyecte desarrollar, deberán atenderse con cargo a un Fondo Cultural que se constituirá e incrementará, con el carácter de reserva, con parte de sus utilidades. Los recursos existentes en la reserva constituida para bienes culturales con base en el resultado operacional de 1991, se destinarán a formar inicialmente dicho Fondo”.

se limitará a las que actualmente impulsa, especialmente el Museo del Oro y la Biblioteca Luis Ángel Arango”<sup>623</sup>.

Finalmente, con base en estos lineamientos, el artículo 25 de la Ley 31 de 1992 permitió la continuidad de las funciones culturales del Banco de la República, en los siguientes términos:

**“Artículo 25. Funciones de carácter cultural. El Banco *podrá continuar* cumpliendo *únicamente* las funciones culturales y científicas que *actualmente desarrolla*.**

*Corresponde al Consejo de Administración, señalar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se realicen estas actividades con sujeción al presupuesto anual aprobado por la Junta Directiva.*

*Parágrafo. Los gastos para atender el funcionamiento y estructura del Banco en cumplimiento de las funciones de carácter cultural y científico que actualmente desarrolla, serán egresos ordinarios operacionales del Banco”.*

Como se observa, la primera parte de esta disposición cumple un doble propósito, pues a la vez que contiene un *límite competencial* determinado por una regla de *continuidad*, comporta también una asignación expresa de funciones culturales y científicas al Banco de la República. De este modo, *la continuidad* determina lo que se puede y no se puede hacer en materia cultural por parte de esa entidad.

En su faceta positiva (lo que es posible hacer), el artículo 25 de la Ley 31 de 1992 garantizó entonces la continuidad de las funciones culturales del Banco de la República, en las siguientes condiciones:

- (i) limitadas exclusivamente a las que desarrollaba al momento de expedirse la Ley 31 de 1992, aspecto que claramente se deriva de las expresiones “únicamente” y “que actualmente desarrolla” de la primera parte de la norma analizada;
- (ii) en las condiciones de modo tiempo y lugar que determine el Consejo de Administración de la entidad<sup>624</sup>;
- (iii) con sujeción al presupuesto anual aprobado por su Junta Directiva<sup>625</sup>;

623 *Gaceta del Congreso* 84 del 29 de septiembre de 1992. Ver igualmente Ponencia para segundo debate en Senado: “Finalmente, en el artículo 25 del proyecto aprobado en primer debate y que corresponde al artículo 24 del proyecto presentado por el Gobierno, se determinó que el Banco de la República podrá continuar cumpliendo únicamente las funciones culturales que actualmente desarrolla. En consecuencia, se suprimió el inciso final del mismo artículo que contemplaba la realización de nuevas actividades e inversiones culturales que el Banco proyectara desarrollar y la creación del Fondo Cultural que habría de constituirse con parte de las utilidades de cada ejercicio anual” (*Gaceta del Congreso* No. 115 del 21 de octubre de 1992).

624 El Consejo de Administración está compuesto por los 5 miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco (Artículo 36 de la Ley 31 de 1992). El gerente General y el Auditor del Banco pueden asistir a las sesiones del Consejo de Administración con voz pero sin voto (parágrafo del mismo artículo).

625 Conformada por los 5 miembros de dedicación exclusiva, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Gerente General del Banco (artículo 28 de la Ley 31 de 1992).

- (iv) Bajo la consideración de que los gastos para atender *el funcionamiento y estructura* del Banco destinada a sus funciones culturales son egresos ordinarios operacionales de la entidad.

Como recuerda el organismo consultante, esta disposición fue declarada exequible en la Sentencia C-050 de 1994. La Corte Constitucional señaló que el hecho de que la Constitución únicamente se refiera a las funciones principales del Banco de la República, no significa la proscripción de otras que el legislador decida asignarle dentro del marco de la misma carta política. Además, recordó que las actividades culturales de la entidad debían sujetarse al límite impuesto por el legislador sobre la imposibilidad de ampliar sus frentes de acción a otras áreas de la cultura que no se estuvieran desarrollando al momento de expedirse la ley:

*“Desde otro ángulo, debe señalarse que la descripción de funciones asignadas al Banco de la República por el artículo 371 de la Carta, **no comporta el significado tácito de proscripción de otras que no fueron previstas positivamente en dicha regulación, como a partir de una lectura equivocada del precepto lo sostiene el actor**; como tampoco que el Banco defina por sí y ante sí las modalidades de sus ingresos y egresos.*

*Tan solo significa que las tareas correspondientes a las funciones de banca central mencionadas en el precepto constitucional son las que el Constituyente califica de “principales”. No que la Constitución contraiga única y exclusivamente la actividad del Banco a las funciones que allí se señalan, por la elemental pero lógica razón, de que por imperativo ontológico, lo básico apareja la existencia de lo complementario.*

*Dicha cláusula constitucional, significa que al legislador no le es dable restringir o asignar a otro órgano las funciones de banca central que la Carta Política ha confiado al Banco de la República en el ya citado artículo 371.*

*Empero, **ello en modo alguno puede entenderse como que en relación con otras funciones, la Constitución haya limitado el ámbito dentro del cual el legislador puede válidamente ejercer sus competencias constitucionales** de señalarle al Banco mediante ley, los parámetros que deberá observar en el cumplimiento de sus funciones, como en este caso lo ha hecho al determinarle un límite al ámbito de las funciones culturales que cumple, **prohibiendo la expansión de la cobertura de su actividad en este campo, al mandar que en caso de optar por su realización, solo pueda desarrollarla en los frentes actualmente existentes, y al definir que los gastos para atenderlas constituyen egresos operacionales***<sup>626</sup>. (Se resalta).

En consecuencia, el desarrollo de funciones culturales por parte del Banco de la República es constitucionalmente admisible, en cuanto no excedan el límite material que les impone la ley (no se expanda **a otros frente distintos** a los que desarrollaba antes de la expedición de la Ley 31 de 1992).

626 Sobre las actividades conexas del Banco de la República y su compatibilidad con la Constitución, ver igualmente Sentencia C-719 de 2004:

Posteriormente, los estatutos del Banco de la República, expedidos mediante Decreto 2520 de 1993 con base en lo previsto en los artículos 372 de la Constitución Política<sup>627</sup> y 26<sup>628</sup> de la Ley 31 de 1992, precisaron el alcance de las funciones culturales de la entidad, así:

*“Artículo 26. **Funciones de carácter cultural.** El Banco podrá continuar cumpliendo las siguientes funciones culturales y científicas que actualmente desarrolla, esto es:*

*El Museo del Oro y la Biblioteca Luis Ángel Arango con sus extensiones en música y artes plásticas. Estas actividades comprenden las áreas culturales y bibliotecas regionales que a la vigencia de la Ley 31 de 1992 poseía el Banco en sus sucursales, así como sus colecciones de arte, numismática y filatelia.*

*Además, el Banco podrá mantener las actividades culturales de promoción de estudios en el exterior a través del programa de becas por concurso creadas hasta la entrada en vigencia de la Ley 31 de 1992.*

*Las actividades de promoción cultural y científica que venían efectuando las fundaciones constituidas con aportes del Banco podrán continuar realizándose por ellas, pero el Banco no podrá efectuar nuevos aportes a tales fundaciones.*

*Parágrafo. Los gastos para atender el funcionamiento y estructura del Banco en cumplimiento de las funciones de carácter cultural y científico que actualmente desarrolla, serán egresos ordinarios operacionales del Banco”.*

Como se observa, la primera parte de esta disposición reproduce parcialmente el artículo 25 de la Ley 31 de 1992. A continuación la norma hace un listado de las funciones culturales y científicas que la entidad desarrollaba a la entrada en vigencia de la Ley 31 de 1992 y que, por tanto, serían, en los términos de la Corte Constitucional, **“los frentes actualmente existentes”** que podría seguir cumpliendo:

- Museo del Oro
- Biblioteca Luis Ángel Arango
- Extensiones de música y artes plásticas
- Áreas culturales y bibliotecas regionales existentes a la entrada en vigencia de la Ley 31 de 1992
- Colecciones de arte, numismática y filatelia

627 “Artículo 372: (...) El Congreso dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco en los que se determinen, entre otros aspectos, la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades”.

628 Artículo 26. Adopción y expedición de los estatutos. El proyecto de los Estatutos del Banco y sus posteriores reformas serán preparados por la Junta Directiva para la revisión y aprobación por el Gobierno. Para estos efectos, el Gobierno expedirá mediante Decreto los Estatutos respectivos y las reformas correspondientes, conforme a la Constitución y la ley.

- Promoción de estudios en el exterior a través de programa de becas por concurso
- Participación en fundaciones culturales constituidas con aportes del Banco (con limitación de no hacer nuevos aportes)

Hecha esta descripción normativa, la Sala pasa a estudiar cuál es el sentido y alcance que debe dársele al concepto de *continuidad*, tanto en la Ley 31 de 1992 como en el Decreto 2520 de 1993.

### 2.3 El concepto de continuidad como elemento determinante de la competencia del Banco de la República en materia cultural: es funcional y no físico, individual o casuístico

Como acaba de verse, el alcance de las funciones culturales del Banco de la República está determinado por un *principio de continuidad de la función*, el cual opera simultáneamente como *habilitación y límite* de aquello que puede hacer el Banco de la República en materia cultural.

Según se expuso, la asignación de funciones culturales al Banco de la República no constituyó un aspecto novedoso de la Ley 31 de 1992. Por el contrario, reflejó el interés del constituyente y del legislador de dar continuidad a las funciones que venía desarrollando la entidad en ese campo antes de los cambios producidos por la nueva Constitución Política. De hecho este criterio de continuidad viene dado desde el Decreto 340 de 1980, que a su vez garantizó la permanencia de las funciones culturales asignadas a esa entidad en la Ley 7 de 1973 y en el Decreto 2167 del mismo año, según se indicó anteriormente. En este sentido, el verbo “continuar” empleado en el artículo 25 de la Ley 31 de 1992, cuyo significado es “*seguir haciendo lo comenzado, durar, permanecer, seguir, extenderse*”, denota el propósito del legislador -ya anunciado en la Asamblea Nacional Constituyente-, de garantizar *la estabilidad y permanencia de las funciones culturales tradicionales* del Banco de la República y no su extinción ni su desvanecimiento.

Además, el hecho de que la Ley 31 de 1992 haya sido expedida en vigencia de la Constitución Política de 1991, implica que las funciones culturales del Banco de la República deban ser interpretadas y aplicadas en el contexto de las normas y principios constitucionales que prohíjan la participación del Estado en el desarrollo y promoción de la actividad cultural, según se indicó. De este modo, la expresión “*el Banco podrá **continuar cumpliendo** únicamente las funciones culturales y científicas que **actualmente desarrolla***”, si bien contiene una prohibición de emprender nuevas funciones culturales (limitada a los “*frentes actualmente existentes*”<sup>629</sup>), también comporta una habilitación expresa para *continuar cumpliendo*, dentro del marco de la Constitución, aquellas funciones culturales que se desarrollaban antes de la Ley 31 de 1992.

Así, el uso de la expresión verbal “*podrá*”, que en otros contextos normativos suele significar el reconocimiento de una potestad puramente discrecional de hacer o no

629 Sentencia C-050 de 1994.

hacer, adquiere un significado especial en el caso de la Ley 31 de 1992, en el sentido de querer indicar una habilitación-deber en materia cultural, que de no haberse consagrado expresamente, se hubiera visto truncada, al no estar comprendida dentro de aquellas actividades que ordinariamente corresponden a los bancos centrales.

Resalta la Sala que el hecho de que la función principal del Banco de la República sea la de actuar como banco central (artículo 371 C. P.), no significa que las demás funciones previstas en la ley (actividades conexas), entre ellas la cultural, tengan una menor importancia desde el punto de vista de su realización eficiente, oportuna y eficaz (artículo 209 C. P.).

Dicho de otro modo, en el contexto de la protección constitucional de la cultura y del deber del Estado de promover sus diferentes manifestaciones, no sería posible interpretar que el Banco de la República puede optar por no dar continuidad a sus funciones culturales y que, eventualmente, podría propiciar su desaparición. Tal entendimiento del artículo 25 de la Ley 31 de 1992 sería constitucionalmente problemático.

Ahora bien, la Sala observa que *la continuidad* prevista en la ley no corresponde a un concepto físico (la actividad que se desarrollaba en x inmueble) o casuístico (el concierto o la exposición o la colección de arte x), pues la ley se refirió expresamente a *la continuidad de las funciones culturales y científicas* del Banco y no simplemente a la de ciertas actividades estrictamente consideradas, inmuebles o eventos específicos.

En este sentido, la Sala entiende que la enumeración de actividades culturales del artículo 26 de los estatutos del Banco (Museo del Oro, Biblioteca Luis Ángel Arango, extensiones de música y artes plástica, áreas culturales y bibliotecas regionales existentes a la entrada en vigencia de la Ley 31 de 1992, colecciones de arte, numismática y filatelia, promoción de estudios en el exterior a través de programa de becas por concurso y participación en fundaciones culturales constituidas con aportes del Banco) debe interpretarse desde un punto de vista *funcional y no individual o casuístico*, en el sentido de que no es una determinada biblioteca, museo o auditorio lo que está llamado a mantener su continuidad legal, sino la función que cada uno de tales enunciados comporta.

Por lo mismo, la continuidad que exige la ley no restringe ni impide la evolución, adaptación, modernización e innovación en las funciones culturales del Banco (ej. pasar de una biblioteca física a una digital, de un concierto presencial a uno virtual, etc.), ni mucho menos de los espacios físicos donde aquellas se desarrollan. Recuérdese que los artículos 25 de la Ley 31 de 1992 y 26 del Decreto 2520 de 1993 se refieren expresamente a los “*gastos para atender el funcionamiento y estructura del Banco en cumplimiento de las funciones de carácter cultural y científico*”, lo que implica que no se trata de actividades estáticas sino *dinámicas* que pueden comportar gastos para la entidad.

En este orden, *la continuidad* de que trata la ley no es un mandato de estancamiento, paralización o marchitamiento de la función cultural que desarrollaba el Banco de la República antes de la Ley 31 de 1992, ni tampoco de los medios físicos y técnicos utilizados para ese fin. Así por ejemplo, la ocurrencia de una catástrofe natural que destruyera una de las bibliotecas o museos enunciados en los estatutos del Banco, o su cambio de

nombre, o la necesidad de trasladar su sede, o situaciones de deterioro de los inmuebles donde se ubican, no comportarían la extinción de la función en esa área de la cultura, ni tampoco podría significar la ruptura del vínculo de “continuidad” exigido en la ley.

Igualmente, la Sala observa que la ley no ató *la continuidad* de la función cultural del Banco de la República a unas determinadas *formas jurídicas o negociales*, ni estableció que su realización solo fuera posible en inmuebles que ya existieran al momento de expedirse la ley. Como se vio, ni la Ley 31 de 1992 ni el Decreto 2520 de 1993 se ocuparon de los medios a través de los cuales se cumple la función cultural del Banco, cuya determinación, desde antes de la Ley 31 de 1992, ha estado diferida a los órganos de administración de la entidad, según se explicó. Sobre dichos aspectos (infraestructura física y jurídica para el cumplimiento de la función cultural) existe un amplio margen de decisión para la entidad.

En este contexto, corresponderá al Consejo de Administración determinar las condiciones de tiempo modo y lugar en que se dará continuidad a la función cultural del Banco de la República, con sujeción, en todo caso, al presupuesto aprobado por la Junta Directiva del mismo Banco. Este a su vez deberá sujetarse a los parámetros previstos en la Ley 31 de 1992 y el Decreto 2520 de 1993, además de observar el principio de sostenibilidad fiscal previsto en el artículo 334 de la Constitución Política.

### **3. Conclusión: posibilidad de que el Banco de la República participe en un proyecto de recuperación del Teatro Amira de la Rosa con independencia de la terminación del contrato de comodato actualmente vigente**

Como se acaba de indicar, el artículo 25 de la Ley 31 de 1992 estableció que el Banco de la República podía continuar cumpliendo las funciones culturales que realizaba con anterioridad a dicha ley.

Según se indicó, el concepto de “continuidad” establecido en la ley es funcional (no individual o casuístico), no comporta la petrificación o marchitamiento de la actividad cultural, no está referido a un tipo específico de figura negocial o contractual y tampoco está restringido a los inmuebles que poseía el Banco de la República al momento de expedirse la Ley. Como se dijo, la ley no se ocupó de los medios físicos y jurídicos para el cumplimiento de la función cultural, los cuales están diferidos a los órganos de administración de la entidad, según se explicó.

Lo anterior revela por qué no era necesario para la continuidad de la función cultural del Banco de la República en Barranquilla, que los estatutos del Banco mencionaran expresamente el contrato de comodato suscrito con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla para la Administración del Teatro Amira de la Rosa (era solo un medio para cumplir la función). Y permite explicar también por qué la eventual terminación de dicho contrato no tendría incidencia sobre la continuidad de la función cultural del Banco de la República en esa ciudad y la posibilidad de que este participe a través del mismo contrato o de una figura diferente, en un proyecto de recuperación de ese bien de interés cultural, tal como pasa a revisarse.

Cabe recordar que las funciones culturales del Banco de la República están cobijadas por el artículo 3º de la misma Ley 31 de 1992, según el cual “*el Banco podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, esta ley y sus Estatutos*”.

Por tanto, siempre que su finalidad sea preservar la función cultural del Banco, la Sala no ve objeción en que, con independencia de la continuidad o no del contrato de comodato actualmente vigente, el Banco de la República explore con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla y con el propio Distrito Especial de Barranquilla, o incluso con otras entidades o personas interesadas, diversas alternativas y modelos para asegurar la continuidad de la labor cultural que desarrollaba en el teatro Amira de la Rosa, tal como pasa a revisarse. Lo importante es, como se ha dicho, que cualquiera sea la figura utilizada, la misma constituya un medio adecuado, desde la perspectiva del Banco de la República, para seguir cumpliendo sus actividades culturales, en los términos en que se lo permite la ley.

#### **D. SOBRE LAS DIVERSAS ALTERNATIVAS QUE PLANTEA LA CONSULTA PARA LA RECUPERACIÓN DEL TEATRO AMIRA DE LA ROSA**

##### **1. Consideración general: amplio margen de apreciación dentro de los límites legales**

Lo primero que observa la Sala es que gran parte de los interrogantes corresponden a decisiones administrativas que deben evaluar, dentro del marco de sus respectivas competencias y funciones, las diferentes entidades involucradas. Estas tienen un amplio margen de acción para explorar alternativas jurídicas y económicas orientadas a solucionar la situación que se presenta y para que el Banco de la República asegure la continuidad de su actividad cultural en la ciudad de Barranquilla, entre otros, en el Teatro Amira de la Rosa.

- Por una parte se ha reiterado que el Banco de la República tiene capacidad suficiente para continuar realizando sus funciones culturales, lo cual, en el caso de la ciudad de Barranquilla, no depende de la continuidad del contrato de comodato que en su momento se suscribió con la Sociedad de Mejoras Públicas de esa ciudad, según se explicó. Además, como también se señaló, el artículo 3º de la Ley 31 de 1992 le permite celebrar todos los actos, contratos y operaciones necesarios para el cumplimiento de su objeto, del cual forma parte la actividad cultural que le asigna la ley.
- Por su parte, el Distrito Especial, Industrial y Portuario del Barranquilla, además de sus funciones culturales generales como municipio<sup>630</sup>, en su condición de distrito especial tiene competencias suficientes para adoptar medidas y **asignar recursos**

<sup>630</sup> Artículo 3º de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 6º de la Ley 1551 de 2012: “Artículo 3º. Corresponde al municipio: (...) 3. Promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes”. Artículo 32 ibidem, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012: “Artículo 32. Atribuciones. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la Ley, son atribuciones de los concejos las siguientes: 8. Velar por la preservación y defensa del patrimonio cultural”.

orientados a la preservación, recuperación, protección, defensa y aprovechamiento del patrimonio cultural<sup>631</sup>, inclusive con facultad impositiva para tales efectos<sup>632</sup>.

En este sentido, en relación con la sexta pregunta, se observa que el Distrito Especial puede recibir el inmueble y adelantar la reconstrucción del teatro, pues el artículo 39 de la Ley 768 de 2002 le permite asignar recursos para preservar, recuperar y aprovechar en beneficio colectivo los bienes que integran el patrimonio cultural del distrito, así como los que forman parte del patrimonio cultural de la Nación ubicados en su territorio. Nada impediría en esta hipótesis que el Distrito suscriba los convenios o acuerdos que correspondan con el Banco de la República, con el fin de que este último pueda continuar con la función cultural a su cargo.

- En el caso de la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla, se trata de un ente asociativo de derecho privado<sup>633</sup>, que se encuentra regido por un principio general de autonomía de la voluntad. Tiene un objeto legal amplio en materia cultural<sup>634</sup> y la ley le permite recibir recursos del Ministerio de Cultura para la realización de proyectos y acciones culturales<sup>635</sup>. Además, la Ley 1712 de 2008 la autoriza para celebrar contratos con entidades públicas y privadas del orden nacional, departamental y municipal con el fin de desarrollar programas y actividades de interés comunitario acordes con su objeto social<sup>636</sup>.

En consecuencia, en virtud del deber estatal de proteger y promover las expresiones culturales y dentro del marco del principios de colaboración (artículo 113 C. P.), es viable que las diversas entidades públicas (dentro del marco de sus competencias) y privadas (en desarrollo de su autonomía), exploren mecanismos para garantizar la prevalencia del interés general, la protección del patrimonio cultural representado en el Teatro Amira de la Rosa y, en el caso del Banco de la República, la continuidad de su función cultural.

631 Artículo 39 de la Ley 768 de 2002. por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta: **“Artículo 39. Deberes a cargo de las autoridades distritales y concertación de políticas con las autoridades nacionales.** A las autoridades distritales corresponde definir políticas, adoptar medidas y asignar recursos para la preservación, recuperación, protección, defensa y aprovechamiento en beneficio colectivo, de los bienes, monumentos, acontecimientos y demás elementos que integran el patrimonio arquitectónico, artístico o cultural de los distritos, así como de los que forman parte del patrimonio cultural de la nación. Para los propósitos señalados, la administración distrital procederá en coordinación con los órganos y autoridades regionales y nacionales con competencia en la materia”. Concordante con el artículo 103 de la Ley 1617 de 2013, por la cual se expide el régimen de los distritos especiales.

632 Ley 768 de 2002. “Artículo 41. Para atender los gastos que demande la atención, protección, rescate y conservación de los bienes del patrimonio histórico y cultural de cada distrito, los concejos distritales, previa solicitud por parte de los comités para la protección, recuperación y promoción del patrimonio artístico, histórico y cultural de los distritos, podrán autorizar el cobro de tasas o contribuciones por el derecho al acceso e ingreso a los mismos”. Concordante con el artículo 104 de la Ley 1617 de 2013, por la cual se expide el régimen de los distritos especiales.

633 Ley 1217 de 2008. “Artículo 2º. Naturaleza Jurídica. Las Sociedades de Mejoras Públicas son entidades de carácter privado, de utilidad común, sin ánimo de lucro, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; ejercen sus funciones como consultoras de la administración municipal en defensa del espacio público, del medio ambiente y del patrimonio cultural e incentivan la promoción y conformación de una conciencia cívica que garantice el desarrollo armónico de las ciudades y poblaciones”.

634 Ley 1217 de 2008. Artículo 4º. Las Sociedades de Mejoras Públicas, en desarrollo de su objeto social propenden por el respeto y la formación de cultura ciudadana, el fomento de valores y de hechos de paz, la protección y administración del patrimonio cultural colombiano, y la gestión de proyectos para el embellecimiento de las ciudades y el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes. Para el cumplimiento de sus fines podrá constituir veedurías ciudadanas conforme a lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 850 de 2003. Así mismo, podrán participar en lo pertinente de la Ley 388 de 1997 [urbanismo y defensa del interés cultural], Ley 614 de 2000 [planes de ordenamiento territorial], Ley 810 de 2003 [urbanismo] y 902 de 2004 [urbanismo]”. [Corchetes fuera de texto].

635 Ley 1217 de 2008. “Artículo 7º. El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Cultura y de las instituciones del orden central y descentralizado, podrá contribuir al fomento, financiamiento, divulgación y desarrollo de los proyectos, investigaciones, estudios, programas y en general de las acciones culturales que adelanten la Federación de Sociedades de Mejoras Públicas y las Sociedades de Mejoras Públicas de Colombia”.

636 Ley 1217 de 2008. “Artículo 9º. Las Sociedades de Mejoras Públicas celebrarán contratos con entidades públicas y privadas del orden nacional, departamental y municipal con el fin de desarrollar programas y actividades de interés comunitario acorde con su objeto social.

Ahora bien, en relación con la participación del Banco de la República (que es la perspectiva desde la cual se hace la consulta), la Sala también debe observar que la misma tendría los **siguientes límites o parámetros mínimos**:

a. *Debe tener como fin la continuidad de la función cultural del Banco de la República.*

Como se dijo, *la continuidad de la función*, así como es una habilitación competencial, también es un límite de la actuación para el Banco de la República en materia cultural, pues como señaló la Corte Constitucional, la ley actuó “*prohibiendo la expansión de la cobertura de su actividad en este campo, al mandar que en caso de optar por su realización, solo pueda desarrollarla en los frentes actualmente existentes*”.<sup>637</sup>

Por tanto, la vinculación del Banco de la República a un eventual proyecto de rehabilitación y puesta en funcionamiento del Teatro Amira de la Rosa, solo es posible en la medida en que ello sirva a las funciones culturales de la entidad, esto es, a atender *los frentes existentes* a la entrada en vigencia de la Ley 31 de 1992. Se debe tratar, para ser posible su participación, de un instrumento que sirva a la actividad habilitada por ley: la continuidad de su función cultural.

b. *Debe tener carácter conmutativo (imposibilidad de hacer donaciones o aportes por mera liberalidad)*

Dentro de las alternativas que plantea la consulta, la Sala no consideraría viable aquellas en las que el Banco de la República, como un acto de mera liberalidad, haga aportes en dinero o en especie sin ningún beneficio o contraprestación correlativa, esto es, bajo el supuesto de una donación o auxilio. Por una parte, porque ni en la Ley 31 de 1992 ni en el Decreto 2520 de 1993 está previsto que su función cultural se exprese a través de donaciones o aportes en dinero (salvo el programa de becas) y, por otra, porque como se acaba de indicar, la Constitución Política tiene una prohibición general de auxilios o donaciones a particulares (artículo 355 C. P.), sobre la cual se ha señalado que:

*“El auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracteriza por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. Igualmente, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que este no pueda realizarse con posterioridad a la asignación”*<sup>638</sup>.

En este escenario la participación del Banco de la República debe tener una compensación adecuada, proporcional y equitativa (vista desde la continuidad de la función cultural) en el derecho que adquiera de usar el bien y desarrollar las actividades culturales que la ley le asigna (comodato a largo plazo, exclusividad de uso, etc.). Esto es importante porque en la medida en que los beneficios que reciba el Banco sean tangibles y medibles, los aportes que pueda hacer tendrán una compensación o beneficio y, por tanto, no entrarán en conflicto con la prohibición del artículo 355 Superior.

637 Sentencia C-050 de 1994.

638 Sentencia C-712 de 2002, reiterada en Sentencias C-324 de 2009 y C-027 de 2016.

c. *No puede contratar o construir para terceros*

Como se dijo anteriormente, el artículo 3° de la Ley 31 de 1992 le permite al Banco de la República celebrar todos los actos, operaciones y contratos “*que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto*”, los cuales, por regla general, se rigen por el derecho privado (artículo 52 *ibidem*)<sup>639</sup>. Por su parte, el Consejo de Administración del Banco de la República tiene la función de “*expedir el régimen general de contratación del Banco*” (artículo 34, literal l, del Decreto 2520 de 1993).

Es claro que estas competencias se refieren a los contratos que requiere el Banco de la República para cumplir *sus funciones* y, por tanto, no podrían ser utilizadas para contratar a favor o en nombre de terceros. En ese mismo sentido, la Sala entiende que la entidad no puede construir en predios ajenos o a favor de terceros. Por tanto, como una recomendación y con el fin de salvaguardarse de eventuales y futuras controversias jurídicas, similares a las que se presentan en la consulta, y por la situación que se originaría a la terminación del plazo del contrato, no parecería ser el mejor escenario que el Banco de la República efectuara inversiones para la construcción de un inmueble que no sea de su propiedad. Lo anterior, sin perjuicio de las expensas ordinarias para la conservación del bien, en el evento de tener la calidad de comodatario en un nuevo contrato. En esta medida, como pasa a revisarse, la Sala no considera viable en el caso consultado, que el Banco de la República aporte recursos o asuma el desarrollo de obras de infraestructura, si el inmueble pertenece al distrito de Barranquilla o a la Sociedad de Mejoras Públicas de esa ciudad.

d. *Debe hacerse un análisis de conveniencia y oportunidad*

Además de lo señalado, el Banco de la República deberá evaluar desde un punto de vista económico y funcional, que es lo más conveniente para la entidad y hasta dónde la continuidad de su actividad cultural hace necesario un mayor o menor grado de participación en los proyectos de reactivación del Teatro Amira de la Rosa. Como se indicó, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrollan las actividades culturales del Banco de la República, deben ser determinadas por el Consejo de Administración de la entidad, de conformidad con el presupuesto aprobado por la Junta Directiva de la misma.

## 2. Las alternativas que presenta la consulta

Ahora bien, dentro de los límites anteriormente señalados, se observa lo siguiente frente a las alternativas que plantea la consulta:

### 2.1 Es jurídicamente posible que el Banco de la República reciba en donación el Teatro Amira de la Rosa, de manera que ya como propietario adelante la intervención

<sup>639</sup> Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007: “**Artículo 13.** *Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

que considere necesaria para la rehabilitación del Teatro y la puesta en marcha de sus actividades culturales. En este caso, tanto la aceptación de la donación, como la inversión en el inmueble, se entenderían representadas en un incremento de su patrimonio.

Sobre la donación de particulares a entidades públicas cabe decir lo siguiente: Según el Código Civil *“las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título, con el carácter de enajenables (artículo 1021) y “es capaz de recibir entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz” (artículo 1446).*

En el caso particular del Banco de la República, los artículos 371 de la Constitución Política y 1º de la Ley 31 de 1992 le confieren a la entidad autonomía patrimonial y administrativa. Por su parte, el artículo 3º de la misma Ley 31 de 1992 establece que en lo no regulado en ella y en los estatutos del Banco *“las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado”* (artículo 3). Por su parte, el artículo 27 de la misma ley señala que serán ingresos del Banco, entre otros, *“los demás propios de su existencia como persona jurídica”*. Por tanto, desde el punto de vista estrictamente jurídico la Sala no encontraría objeción en que el Banco de la República recibiera la donación que plantea la consulta, si con ella se favorece la realización de sus funciones culturales.

Ahora, desde la perspectiva de la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla, la posibilidad de donarle el bien al Banco de la República merece una mención adicional. Se indica en la consulta que dicha sociedad recibió el inmueble del Municipio de Barranquilla hace más de 50 años con el fin de construir el teatro. De lo expuesto hasta el momento, la Sala entiende que esa condición se cumplió, en el sentido de que la obra finalizó y cumplió por muchos años el propósito de la donación que hizo el municipio. Por tanto, la Sociedad ya sería propietaria plena del respectivo inmueble y, salvo que se le hubiera prohibido expresamente, podría disponer del mismo en ejercicio de su autonomía de la voluntad, especialmente si lo hace para asegurar la continuidad del propósito para el cual lo recibió. Si hubiera alguna discusión sobre ese punto sería conveniente que la donación al Banco de la República también estuviera suscrita por el donante inicial (el Distrito Especial de Barranquilla) en señal de conformidad. En todo caso, la donación tendría que sujetarse a los estatutos de la Sociedad de Mejoras Públicas y suscribirse por un representante legal con capacidad suficiente para el efecto.

- 2.2. También sería viable que la propiedad del Teatro Amira de la Rosa permaneciera en la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla o que pasara al Distrito de Barranquilla para su reconstrucción (según se plantea) y que el Banco de la República participe en las actividades necesarias para su puesta en funcionamiento, siempre que, como se dijo, tal participación tenga carácter conmutativo y esté relacionada con la continuidad de su función cultural en esa ciudad.

Sin embargo, en esta hipótesis de la consulta (que la propiedad del inmueble la conserve la Sociedad de Mejoras o se le traslade a un tercero diferente del Banco), la Sala

no considera viable, como ya se dijo, que el Banco de la República asuma directamente la construcción del nuevo Teatro o contrate bienes o servicios en nombre o a favor de la Sociedad de Mejoras o del Distrito de Barranquilla, en la medida en que, como se explicó, esa actividad estaría por fuera de su objeto.

Para la Sala, la actividad constructiva tendría que ser desarrollada o contratada por la propia Sociedad de Mejoras Públicas o por el Distrito de Barranquilla y la participación del Banco de la República centrarse en aspectos propios de su función cultural, como acompañamiento y asesoría en el desarrollo de espacios culturales, dotaciones finales, etc., y, posteriormente, mediante la reactivación de su actividad cultural en el nuevo complejo cultural (a través de un nuevo comodato o cualquier otra figura que se considere adecuada). Como se dijo, las alternativas que se adopten deben estar de acuerdo con las competencias, funciones y límites de cada entidad.

- 2.3 Finalmente, la Sala recuerda que en virtud de los artículos 113 y 209 de la Constitución Política y 3° del CPACA, las entidades estatales deben actuar bajo un principio de coordinación, el cual se proyecta, en el caso concreto, en la posibilidad de buscar figuras asociativas y de colaboración, que permitan la satisfacción de los intereses, deberes y responsabilidades de todas las instituciones interrelacionadas en el asunto consultado.

Por ejemplo, puede solicitarse el apoyo del Ministerio de Cultura, el cual tiene la función de fomentar la creación, ampliación y adecuación de la infraestructura artística y cultural<sup>640</sup>, y puede acompañar a las entidades territoriales en la realización de convenios con instituciones culturales sin ánimo de lucro que fomenten el arte y la cultura<sup>641</sup>. También puede analizarse el uso de figuras como la fiducia, de manera que se recauden recursos de diferentes fuentes y su producto sirva o bien a la reconstrucción del Teatro, o bien a su futura administración, o bien a financiar las actividades culturales que allí se realicen. Igualmente, puede acudir al artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que permite hacer *convenios de asociación* entre entidades públicas y particulares “*para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley*”.

En fin, como se dijo, tratándose de un bien de interés cultural y de la continuidad de las funciones culturales del Banco de la República, es posible que todos los interesados contribuyan en lo que les sea posible, pero dentro del marco de sus respectivas competencias y objetos sociales.

Con base en lo anterior,

640 Ley 397 de 1997. “Artículo 22. Infraestructura cultural. El Estado, a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, definirá y aplicará medidas concretas conducentes a estimular la creación, funcionamiento y mejoramiento de espacios públicos, aptos para la realización de actividades culturales y, en general propiciará la infraestructura que las expresiones culturales requieran”.

641 *Ibidem*. “Artículo 26. De los convenios. El ministerio de cultura orientará y apoyará a las gobernaciones, las alcaldías municipales y distritales y a los cabildos indígenas en la realización de convenios con instituciones culturales sin ánimo de lucro que fomenten el arte y la cultura, con el objeto de rescatar, defender y promover el talento nacional, democratizar el acceso de las personas a los bienes, servicios y manifestaciones de la cultura y el arte con énfasis en el público infantil y juvenil, tercera edad y discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales; así como consolidará las instituciones culturales y contribuirá a profundizar su relación interactuante con la comunidad”.

## LA SALA RESPONDE

*“En relación con la vigencia del contrato:*

1. *Teniendo en cuenta que el Teatro Amira de la Rosa no es apto para el uso convenido en el contrato de comodato celebrado entre el Banco de la República y la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla, ¿se entiende de pleno derecho terminado dicho contrato de comodato?*
2. *En caso de que no se entienda terminado de pleno derecho el contrato de comodato, ¿puede el Banco de la República darlo por terminado unilateralmente en la medida en que no puede continuar con el uso convenido para el citado inmueble?*

Desde un punto de vista general, de acuerdo con los artículos 1625-7 y 1729 del Código Civil, el contrato de comodato termina si el bien dado en comodato deja de ser apto para el uso convenido, según los términos expuestos en la parte motiva de este concepto.

3. *Entendiéndose terminado el contrato de comodato o pudiendo el Banco de la República darlo por terminado unilateralmente, ¿puede el Banco de la República proceder a restituir el bien a la Sociedad en las condiciones actuales?*

Desde un punto de vista general, el bien recibido en comodato debe restituirse al comodante, a la terminación del contrato, incluso cuando esta se produce por la imposibilidad de usar el bien para el fin convenido. La devolución puede hacerse en el estado en que se encuentre el bien, salvo que la imposibilidad de uso se origine o tenga relación con (i) usos indebidos del bien, (ii) falta de mantenimiento o cuidado en su conservación, (iii) conductas imputables a título de culpa grave o leve o (iv) situaciones de caso fortuito por las que el comodatario deba responder.

- *En relación con la devolución temporal del inmueble para realizar obras:*

4. *Si el contrato de comodato no se entiende terminado ni puede el Banco de la República darlo por terminado unilateralmente ¿a quién le corresponde hacer las obras de intervención que requiere el inmueble, teniendo en cuenta que el Banco cumplió con la terminación de la construcción del teatro con la tecnología y normas que para dicha época regían?*

Desde un punto de vista general, los gastos de conservación y recuperación del inmueble, distintos de los ordinarios, corresponden al propietario del bien.

5. *Si el contrato de comodato no se entiende terminado ni puede el Banco de la República darlo por terminado unilateralmente, y él es propietario (y comodante) quien debe reconstruirlo, ¿qué efecto jurídico se presenta respecto del plazo previsto para el comodato y el alcance de las obligaciones pactadas durante el término en el cual el Banco no puede darle el uso convenido?*

Dados los fundamentos teóricos expuestos para resolver las preguntas 1 y 2, por sustracción de materia no habría lugar a la hipótesis que plantea esta pregunta.

6. *Si la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla por su naturaleza jurídica de carácter privado de utilidad común y su campo limitado de acción (administrativa, humana, financiera, etc.) no puede llevar adelante las obras que requiere el inmueble ¿puede dicha sociedad ceder el teatro al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, para que sea dicho ente territorial quien en desarrollo de sus funciones públicas adelante la construcción, teniendo en cuenta su carácter de teatro municipal y cultural?*

Sí. La Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla, en ejercicio de su autonomía como persona jurídica de derecho privado, puede ceder el Teatro Amira de la Rosa al Distrito Especial de Barranquilla, para que este adelante las tareas de reconstrucción y recuperación de dicho inmueble en desarrollo de sus funciones de protección del patrimonio cultural de esa ciudad.

7. *En el evento planteado en la pregunta anterior, ¿puede el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla continuar como comodante del inmueble frente al Banco de la República?*

Si el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla se convirtiera en propietario del Teatro Amira de la Rosa, podría suscribir un nuevo contrato de comodato u otro diferente con el Banco de la República, con el fin de que este pueda continuar sus labores culturales en ese inmueble.

- *En relación con la participación del Banco de la República en las obras de intervención del teatro, bien sea en el marco del actual contrato de comodato o, en caso de no ser posible, bajo otro mecanismo legal:*
8. *Si la intervención que requiere el Teatro Amira de la Rosa corresponde a la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla como propietaria del mismo ¿puede el Banco de la República contribuir con la sociedad en su reconstrucción y en qué términos, teniendo en cuenta que se trata de una entidad de derecho privado sin ánimo de lucro, y dadas las precisas funciones culturales que actualmente el Banco está autorizado a realizar conforme a su régimen legal propio?*
  9. *En el evento en que la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla ceda el inmueble al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla ¿puede el Banco de la República contribuir con la Alcaldía de Barranquilla en la reconstrucción del Teatro y en qué términos, teniendo en cuenta las precisas funciones culturales que el Banco actualmente está autorizado a realizar conforme a su régimen legal propio?*
  10. *¿Puede el Banco de la República acordar terminar el contrato de comodato y participar en la reconstrucción del teatro, destinando a dicha reconstrucción los recursos que*

*dejaría de sufragar para costos de mantenimiento y conservación del mismo si siguiera en calidad de comodatario por el término restante del contrato, incluyendo recursos adicionales para la terminación de la misma? ¿En dado caso, cuál sería el mecanismo jurídico para instrumentar o formalizar dicho acuerdo (nuevo contrato, convenio, mecanismos de conciliación, transacción, entre otros)?*

11. *En el evento en que el Banco de la República pudiera contribuir con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla o con el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla a la reconstrucción del teatro, ¿podría hacerlo llevando a cabo directamente las obras de infraestructura que requiera o entregando a dichas entidades los recursos necesarios para adelantarlas?*
12. *En el evento en que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, en caso de entregar recursos destinados a la reconstrucción del teatro ¿tendría el Banco de la República la obligación de hacer seguimiento a su contribución y, en dado caso, cuál sería el alcance de dicho seguimiento?*
13. *En caso de que sea viable que el Banco de la República contribuya en cualquiera de los mecanismos antes mencionados a la reconstrucción del teatro ¿puede terminar el contrato de comodato una vez culminada su participación, y ceder sus derechos al propietario del inmueble, al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla o a otra entidad pública que cumpla funciones culturales?*

El Banco de la República puede participar en un nuevo proyecto de recuperación y puesta en funcionamiento del Teatro Amira de la Rosa, en los términos señalados en la parte considerativa de este concepto, siempre que tal participación tenga carácter conmutativo y proporcional y sirva como medio o instrumento para asegurar la continuidad de su función cultural. En consecuencia, el Banco de la República deberá evaluar la conveniencia de su participación, y verificar que su contribución o aporte al proyecto tenga una compensación adecuada y proporcional en el derecho de usar el bien para desarrollar las actividades culturales que le asigna la ley (recibir en donación el bien, comodato a largo plazo, exclusividad de uso, convenio de asociación, etc.).

En ninguno de los escenarios planteados sería posible para el Banco de la República hacer aportes por mera liberalidad y sin contraprestación alguna, como colaborar en la obra o entregar recursos a cambio de terminar el contrato y devolver el Teatro Amira de la Rosa. En el caso de que la propiedad del inmueble no pase al Banco de la República y la conserve la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla o sea cedida a un tercero distinto del Banco (como es una de las opciones que plantea la consulta), el Banco de la República no podría asumir las actividades y suscribir los contratos para la reconstrucción del Teatro, en la medida en que la ley no lo autoriza a realizar obras para terceros.

La adopción de cualquiera de las alternativas expuestas en la consulta corresponde al Consejo de Administración del Banco de la República, con sujeción al presupuesto aprobado por su Junta Directiva.

- *En relación con la donación del teatro al Banco de la República:*

14. *¿Puede la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla dar el teatro en donación al Banco de la República para que este lo reconstruya y opere por cuenta propia, teniendo en cuenta que se trata de un Teatro Municipal y dado el objeto de dicha sociedad?*

Sí. La Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla, en ejercicio de su autonomía como persona jurídica de derecho privado, puede donarle el Teatro Amira de la Rosa al Banco de la República para el cumplimiento de sus funciones culturales.

Sin perjuicio de lo anterior, dadas las funciones del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla en materia de conservación de su patrimonio cultural, es posible que entre esa entidad y el Banco de la República se celebren los convenios o negocios jurídicos que les permitan aunar esfuerzos y asignar recursos en forma conjunta para la reconstrucción del Teatro Amira de la Rosa. En todo caso y en los términos expuestos en esta consulta, la donación tendría que hacerse conforme a los estatutos de la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla y suscribirse por un representante legal con capacidad suficiente para comparecer a dicho acto.

15. *En el evento en que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa ¿puede el Banco de la República recibir el teatro en donación de la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla para llevar a cabo la reconstrucción y operación del mismo por cuenta propia, teniendo en cuenta las precisas funciones culturales que actualmente el Banco está autorizado a realizar conforme a su régimen legal propio?*

Sí. El Banco de la República puede recibir en donación el Teatro Amira de la Rosa y reconstruirlo, en la medida en que dicho acto sea un medio para garantizar la continuidad de sus actividades culturales.

- *En relación con las funciones culturales del Banco de la República:*

16. *En el contexto del desarrollo del contrato de comodato celebrado con la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla de que tratan los numerales anteriores y teniendo en consideración la actividad cultural que se ha venido desarrollando en la ciudad de Barranquilla desde 1980 ¿dentro de la función misional de carácter cultural del Banco de la República se encuentra la construcción, dotación, mantenimiento y gestión de un nuevo complejo teatral en la ciudad de Barranquilla como centro cultural de la región Caribe, actividad misional independiente de la gestión contractual en la que se ha instrumentado dicha actividad? En dado caso, ¿es viable que el Banco proceda a devolver o entregar el Teatro Municipal a la ciudad?*

Dentro de la función misional de carácter cultural del Banco de la República se encuentra la adaptación de los espacios físicos necesarios para ese fin, así como la realización de proyectos como el que plantea la pregunta, si los mismos permiten garantizar la

continuidad de la función cultural de la entidad o de los “*frentes existentes*”, en condiciones de eficiencia y eficacia. Dichos proyectos pueden realizarse con independencia de la continuidad del contrato de comodato mediante el cual se ha instrumentado la función cultural hasta este momento.

No es viable que el Banco de la República participe en el proyecto de recuperación del Teatro Amira de la Rosa a título de donación o por mera liberalidad. Por tanto, no sería posible hacer aportes al proyecto para desvincularse inmediatamente del mismo y devolver el inmueble al municipio o a su actual propietario.

Remítase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público 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.

**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**

Fecha: 15/11/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 1° de diciembre de 2017

El Director General del Departamento Nacional de Planeación formula a la Sala una consulta relacionada con la viabilidad de pagar la condena impuesta en un laudo arbitral dictado contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade (entidad adscrita al citado departamento administrativo), al cesionario actual de los derechos económicos derivados de un contrato de obra celebrado entre dicha entidad y un consorcio conformado por cuatro sociedades, en consideración a que los referidos derechos fueron afectados también con medidas judiciales de embargo.

Posteriormente, con base en la audiencia que se realizó en esta corporación para aclarar el alcance de la consulta y los supuestos fácticos en los cuales se sustenta, el citado funcionario dio alcance a la consulta, en el sentido de precisar y complementar algunos hechos y remitir numerosos documentos relacionados con este asunto.

### **I. Antecedentes**

Como fundamento de su consulta, el Departamento Nacional de Planeación expone los siguientes hechos relevantes, que serán resumidos por la Sala en orden cronológico, para facilitar su entendimiento:

1. El 28 de febrero de 2007, se celebró el contrato de obra N° 2070329 entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, y las sociedades CM Construcciones y Mantenimiento Ltda., Pizano Pradilla Caro Restrepo Ltda., Disico S. A. y Sáenz Ruiz Cadena Ingenieros Civiles Ltda., vinculadas entre sí en el Consorcio CMS Cárceles, cuyo objeto original era la construcción del “*Complejo Penitenciario y Carcelario que contiene establecimiento penitenciario de mediana y mínima seguridad para hombres y reclusión de mujeres*”, en Puerto Triunfo, Antioquia.
2. El 16 de octubre de 2007, se suscribió un contrato de cesión de los derechos económicos derivados del contrato de obra mencionado, entre las compañías que conforman el Consorcio CMS Cárceles y el Banco de Crédito Helm Financial Services, cesión que fue notificada a Fonade el día 24 de octubre de 2007, con el oficio CE-CMSOF-233-2007.
3. Mediante la comunicación CE-22793 del 6 de noviembre de 2007, Fonade aceptó la referida cesión, hasta la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000).

4. No obstante, el 29 de noviembre de 2007 se perfeccionó un contrato de fiducia mercantil entre las mismas sociedades y la fiduciaria Helm Trust S. A., con el objeto de constituir un patrimonio autónomo conformado, entre otros activos, por los derechos económicos contenidos en las actas de avance de obra derivadas de la ejecución del contrato de obra 2070329 de 2007.
5. La celebración de este contrato de fiducia fue notificada a Fonade el día 28 de enero de 2008.
6. En tal virtud, mediante el oficio 2008EE1830 de la misma fecha, Fonade se dio por notificado de la cesión de créditos incorporada en tal contrato, la aceptó y expresó su compromiso de efectuar, a partir de ese momento y *“hasta tanto no recibamos una instrucción expresando determinación en contrario”* por parte de la fiduciaria, *“el total de los pagos líquidos, excepto lo correspondiente a anticipos”*, a favor del patrimonio autónomo administrado por Helm Trust S. A.
7. Entre los años 2009 y 2015, Fonade recibió múltiples órdenes de embargo provenientes de distintos juzgados y relacionadas con diferentes procesos judiciales, que recaían sobre los recursos y derechos de crédito del Consorcio CMS Cárceles, de todas las sociedades que lo conforman, de algunas de ellas y/o de terceros.
8. El 1º de febrero de 2011, Helm Bank S. A. (antes, Banco de Crédito Helm Finacial Services), en su calidad de cedente, y la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. (en adelante Pine Com), en su condición de cesionaria, suscribieron un *“acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre HELM BANK S. A. y el Consorcio CMS Cárceles”*.
9. Esta nueva cesión fue notificada a Fonade el 17 de febrero de 2011, y fue aceptada expresamente por dicha entidad, mediante comunicación del 14 de julio del mismo año.
10. El 16 de enero de 2017, un tribunal de arbitraje conformado para dirimir las diferencias entre el Consorcio CMS Cárceles y Disico S. A., por una parte, y Fonade, por la otra, surgidas en relación con la ejecución del contrato de obra N° 2070329, pronunció el respectivo laudo, en el cual declaró que el contratista realizó mayores cantidades de obra que no le habían sido reconocidas hasta ese momento, por lo cual condenó a la entidad pública a pagarle las siguientes sumas de dinero: (i) \$727.024.311,03, correspondientes al costo directo de las mayores cantidades de obra; (ii) \$74.889.701,61, a título de reajuste de precios; (iii) \$200.478.503, correspondientes al rubro de administración, imprevistos y utilidad (A.I.U.), y (iv) \$1.158.701.497, por concepto de *“intereses corrientes bancarios”* desde el día siguiente a la fecha de terminación del contrato.
11. Asimismo, y teniendo en cuenta las sumas anteriores, el tribunal de arbitramento efectuó, en el laudo, la liquidación del contrato.

12. El apoderado de Disico S. A. (sociedad integrante del consorcio) radicó en Fonade los documentos que fueron solicitados por esa entidad para iniciar el trámite de pago de la referida condena arbitral.
13. El 7 de marzo de 2017, Fonade recibió comunicación de la Representante Legal de Pine Com, en la que solicitó que el pago de las obligaciones impuestas en el laudo arbitral se hiciera a esa sociedad, como cesionaria actual y beneficiaria de los derechos económicos derivados del contrato de obra N° 2070329.

Debido a lo anterior, ha surgido la duda, para Fonade, de si el pago de las sumas de dinero a las que fue condenado en el citado laudo arbitral debe hacerse a favor de Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., como cesionaria final de los respectivos derechos crediticios, o debe efectuarse a órdenes de los juzgados que decretaron el embargo de los respectivos derechos. En relación con esta problemática, se expone en la consulta que podrían existir, al menos, las siguientes dos posiciones jurídicas divergentes:

- (i) Con base en lo dispuesto por el artículo 1964 del Código Civil, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en el mismo laudo arbitral, debe entenderse que la condena impuesta en dicha providencia constituye un “derecho económico” emanado del contrato, por lo que debe considerarse incluido en las cesiones que se han descrito. Por lo tanto, el pago de dicha obligación debería efectuarse al cesionario actual de los créditos, sin que pudiera entenderse afectado por los embargos que fueron decretados por varios juzgados.
- (ii) El laudo proferido por el tribunal de arbitramento es un hecho distinto y posterior al contrato, del cual nace la obligación impuesta en la condena. En esa medida, la fuente de dicha deuda sería el laudo y no el contrato. Asimismo, el derecho correlativo que surge de la citada providencia debe considerarse propiamente como un “derecho litigioso”, el cual, aunque constituye igualmente un crédito cesible, no podría entenderse incorporado en la transferencia de los derechos económicos efectuada, a menos que dicha cesión se haya efectuado como “*un todo*”. Por el contrario, si solo versó sobre los derechos económicos, “*es decir los ciertos contractuales y no los litigiosos inciertos*”, las sumas de dinero a las que fue condenado Fonade tendrían que ponerse a disposición de los juzgados que decretaron las respectivas medidas cautelares.

En atención a las consideraciones anteriores, el funcionario consultante plantea a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

- “1. *¿La cesión de créditos del valor de un contrato supone la cesión de los derechos litigiosos, en atención a que hacen parte de una misma universalidad crediticia, o por el contrario se trata de dos conceptos diferentes?*
2. *Teniendo en cuenta que los efectos de la sentencia son declarativos de una deuda a favor del CONSORCIO CMS CÁRCELES con ocasión del contrato N° 2070329, ¿se podría*

*predicar que la naturaleza jurídica de dicho reconocimiento es el de un derecho económico del contrato?*

3. *¿Existe un título ejecutivo complejo en cabeza del cesionario, integrado por el Laudo Arbitral y el documento de cesión, para efectos de reclamar en sede judicial el pago de los derechos económicos del contrato?*
4. *¿El pago de las sumas reconocidas en el laudo arbitral descrito en los antecedentes de la consulta debe ser pagadas (sic) a órdenes de los juzgados que notificaron a Fonade de las órdenes de embargo o por el contrario el pago debe realizarse a quien ostenta la calidad de cesionario del valor del contrato?*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados, la Sala abordará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) Advertencias preliminares; (ii) los supuestos fácticos de la consulta; (iii) la cesión de créditos o derechos personales y la cesión de derechos litigiosos, y (v) análisis del caso concreto.

#### A. Advertencias preliminares

Se ha formulado a la Sala una consulta que busca resolver las dudas que tiene una entidad pública en particular, Fonade, en relación con el pago de una condena impuesta en un laudo arbitral, derivado de un contrato de obra celebrado por dicha entidad con cuatro (4) sociedades comerciales, asociadas en consorcio, y en relación con el cual se han efectuado varias cesiones de créditos y se han recibido múltiples órdenes de embargo. Tal consulta y los hechos en que se basa, involucran los intereses económicos de múltiples entidades (públicas y privadas): Fonade, las compañías integrantes del Consorcio CMS Cárceles, el Helm Bank S. A., la fiduciaria Helm Trust S. A., la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S. A. y numerosos acreedores de las firmas que integraron la parte contratista.

Así las cosas, la Sala dará, en este concepto, las orientaciones doctrinarias pertinentes para resolver la consulta formulada, con base en la información y en los documentos entregados, así como en las normas, la jurisprudencia y la doctrina que sean aplicables, pero no sustituye a Fonade en las decisiones que deba tomar, como entidad que fue condenada en el arbitraje y deudora de la suma respectiva, acerca de la persona natural o jurídica a la cual efectúe el pago, ni tampoco sobre el momento, la cuantía y la forma de realizarlo. Por lo tanto, no recae en la Sala de Consulta ni en sus miembros responsabilidad alguna, frente a Fonade o frente a cualquier tercero, por las determinaciones, arreglos y operaciones que esa entidad decida adoptar o realizar, con base en el presente concepto, o apartándose de él.

Adicionalmente, es importante mencionar que la Sala ha analizado la consulta planteada a la luz de la información (escrita y verbal) y los documentos que, en copia

simple, fueron suministrados por el Departamento Nacional de Planeación y Fonade. De ahí que, ni la Sala ni sus integrantes, tengan responsabilidad alguna por el hecho de que tal información resulte inexacta, incompleta o imprecisa, o que los documentos entregados resulten falsos, adulterados o incompletos en relación con los supuestos de hecho que se exponen.

Finalmente, advierte la Sala que las diferencias o controversias que se presenten entre las personas y partes involucradas, en relación con los hechos descritos en los antecedentes, o con el pago que haga Fonade de la condena impuesta en el laudo arbitral, deberán ser solucionadas ante la jurisdicción o utilizando los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que autoriza la ley.

## **B. Los supuestos fácticos de la consulta. Precisiones adicionales**

Los supuestos fácticos que dieron lugar a esta consulta son los que se consignaron, en términos generales, en los antecedentes. Sin embargo, para responder adecuadamente las preguntas formuladas, es necesario hacer algunas precisiones y complementar la información sobre tales hechos:

### **14. El contrato de obra N° 2070329 de 2007**

Tal como se indicó, Fonade celebró un contrato de obra el 28 de febrero de 2007, con las sociedades CM Construcciones y Mantenimiento Ltda., Pizano Pradilla Caro Restrepo Ltda., Disico S. A. y Sáenz Ruiz Cadena Ingenieros Civiles Ltda., asociadas en el Consorcio CMS Cárceles, cuyo objeto original era la construcción del “*Complejo Penitenciario y Carcelario que contiene establecimiento penitenciario de mediana y mínima seguridad para hombres y reclusión de mujeres*”, en Puerto Triunfo, Antioquia, de acuerdo con la descripción, las especificaciones y las demás condiciones establecidas en las reglas de participación del proceso de selección realizado por Fonade, los documentos que contienen la información técnica suministrada por dicha entidad y la propuesta seleccionada, todos los cuales forman parte integral del contrato (cláusula primera). El objeto de dicho contrato fue aclarado mediante documento modificadorio del 13 de enero de 2009, en el sentido de precisar que el establecimiento penitenciario a construir sería solamente para hombres y no para mujeres (cláusula quinta).

Asimismo, vale la pena mencionar que dicho contrato fue suscrito por Fonade para dar cumplimiento a un convenio interadministrativo celebrado entre dicha entidad y el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, cuyo objeto era “*anar esfuerzos para ejecutar el proyecto ‘Construcción y Dotación de Infraestructura Penitenciaria y Carcelaria del Orden Nacional’...*”. Con cargo a los recursos de dicho convenio se debía pagar el contrato de obra N° 2070329.

En las cláusulas segunda a sexta del contrato, varias de las cuales fueron modificadas por las partes en diversas ocasiones, se reguló lo concerniente al valor del contrato, la modalidad de pago escogida y los plazos para el cumplimiento de tal obligación. De

lo estipulado en dichas cláusulas y en los respectivos documentos modificatorios, se destaca lo siguiente:

- El valor inicial del contrato fue la suma de \$35.837.142.374, a precios del mes de agosto de 2006, incluido el AIU (administración, imprevistos y utilidad) y el impuesto a las ventas, IVA, sobre la utilidad. Sin embargo, en virtud de la fórmula de reajuste de precios pactada en la cláusula tercera del contrato, así como de numerosas adiciones (ítems nuevos) y mayores y menores cantidades de obra acordadas durante la ejecución, entre otras causas, el valor del contrato pasó a superar los cuarenta y ocho mil millones de pesos (\$48.000.000.000), sin incluir las sumas que fueron reconocidas por el tribunal de arbitramento.
- En efecto, dado el esquema de pago acordado (precios unitarios con reajuste), el valor real y final del contrato correspondía al resultado de multiplicar las cantidades de obra efectivamente realizada por los precios unitarios acordados, con los ajustes respectivos, según la fórmula pactada.
- En cuanto a la forma de pago, en las cláusulas originales cuarta y quinta se previó la entrega de un anticipo equivalente al 10% del valor inicial estimado del contrato, y el pago del saldo mediante actas bimestrales de avance de obra, previo descuento del porcentaje correspondiente al anticipo, más los reajustes de precios correspondientes, de acuerdo con las actas de ajuste respectivas.
- No obstante, la forma de pago se modificó en sucesivas ocasiones, en el sentido de: (i) aumentar el porcentaje de anticipo, que llegó hasta el 50% del valor total del contrato<sup>642</sup>, y establecer anticipos especiales sobre adiciones o mayores cantidades de obra<sup>643</sup>; (ii) modificar la periodicidad de las actas de avance de obra y de los pagos respectivos, que pasó de ser cada dos meses a cada mes<sup>644</sup> y, finalmente, en forma quincenal<sup>645</sup>; y (iii) cambiar en la misma proporción la periodicidad de las actas de ajuste de precios y de los pagos respectivos.

La cláusula cuarta del contrato, luego de los cambios sufridos mediante los acuerdos modificatorios del 8 de octubre de 2008 y el 22 de julio de 2009, quedó redactada así:

**“CLÁUSULA CUARTA – FORMA DE PAGO.** *Fonade pagará al contratista el valor por el cual fue aceptada su oferta por el sistema de precios unitarios fijos con fórmula de ajuste, así: a) Quincenalmente, por el valor de las respectivas actas quincenales de obra, previa presentación de las mismas e informes aprobados por la interventoría del proyecto, descontando el porcentaje de anticipo. El último pago se realizará una vez se haya liquidado el contrato y previa suscripción del acta de recibo de las obras a satisfacción de la INTERVENTORÍA y de Fonade así como de la aprobación de las garantías establecidas*

642 Acuerdos modificatorios del 30 de noviembre de 2007 y del 22 de julio de 2009.

643 Modificaciones del 13 de enero de 2009 y del 31 de agosto del mismo año.

644 Otrosí N° 4 del 8 de octubre de 2008.

645 Otrosí N° 9 del 22 de julio de 2009.

en el presente contrato. B) Las cuentas correspondientes a las actas de ajuste se deberán presentar en la quincena siguiente a la fecha de corte de las actas parciales de obra”.

- Con relación al pago y uso del anticipo, en la cláusula quinta del contrato se estipularon, entre otras reglas, que este debía manejarse en una cuenta de ahorros conjunta entre el contratista y la interventoría del proyecto; que debía utilizarse de acuerdo con el “*Plan de Inversión del Anticipo aprobado por Fonade*”, y que “*los rendimientos financieros que sean generados por los recursos del anticipo, deberán ser transferidos a la cuentas en que Fonade maneja los recursos del Convenio Interadministrativo 150/05-195073, una vez ejecutado el valor entregado por este concepto, remitiendo copia del recibo de consignación*”.
- Vale la pena señalar que la ejecución, el reconocimiento y el pago, tanto de obras adicionales como de mayores cantidades de obra, fueron previstos y regulados expresamente por las partes en el contrato que nos ocupa. Dado que este asunto resulta medular para los efectos de la consulta, transcribimos parcialmente lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, tal como fue modificada con el otrosí N° 5 del 13 de enero de 2009:

“**CLÁUSULA SEGUNDA. VALOR DEL CONTRATO.** El valor del presente contrato es hasta por la suma de Cuarenta y seis mil setecientos ochenta y seis millones ochocientos ochenta y ocho mil ciento setenta y ocho pesos con ochenta y ocho centavos m/cte. (46.786.888.178,88), la cual considera el valor del contrato a precios del mes de agosto de 2006, incluido el valor del AIU e IVA sobre la utilidad; así como el costo de los ajustes a aplicar, que están calculados hasta por la suma de... y el valor de la presente adición que corresponde a... **PARÁGRAFO PRIMERO. El presente contrato se pacta por el sistema de precios unitarios (valor por unidad de recurso, obra, servicio o bien, el cual remunera la totalidad de las actividades y/o suministros necesarios para la ejecución del objeto), con fórmula de reajuste. En consecuencia, el valor real y final del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de Fonade por los valores o precios unitarios fijos pactados para el respectivo ítem según el formato n° 12 “Discriminación de la propuesta económica”, incluidos los ajustes previstos en la cláusula tercera del mismo. PARÁGRAFO SEGUNDO. Las cantidades de obra previstas en el formato N° 12...son aproximadas y están calculadas según las necesidades estimadas del proyecto objeto del presente contrato, razón por la cual se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra. EL CONTRATISTA está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual a los mismos precios contenidos en el formato 12..., con los respectivos ajustes, de conformidad con la cláusula tercera del presente contrato, previa autorización por parte de la INTERVENTORÍA. En caso de presentarse mayores cantidades de obra, estas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el contratista con la supervisión de Fonade, siempre que la compensación no genere un mayor valor del contrato. Cuando las mayores cantidades de obra impliquen un aumento del valor del contrato, antes de ser autorizadas por parte de la INTERVENTORÍA y ejecutadas por parte del CONTRATISTA, será necesaria la aprobación de Fonade... En este caso deberá proceder a la ampliación de las garantías de acuerdo a**

lo previsto en la cláusula décima quinta... **PARÁGRAFO TERCERO.** Si durante el desarrollo de la obra **surge la necesidad de ejecutar ítems de obra no previstos contractualmente el CONTRATISTA está obligado a ejecutarlos, previa celebración del otrosí correspondiente.** La necesidad o no de ejecutar los nuevos ítems de obra será determinada por Fonade previo concepto de la INTERVENTORÍA. El contratista no podrá ejecutar ítem de obra (sic) no previstos en el contrato sin que previamente se haya suscrito el respectivo otrosí. Cualquier ítem que ejecute sin la previa suscripción del otrosí será asumido por cuenta y riesgo del CONTRATISTA... Par[a] la determinación del precio de los mencionados ítems no previstos se tendrá en cuenta el valor de los insumos ... contenido en los respectivos análisis de precios unitarios de los ítem previstos y en la lista del (sic) precios de insumos, si tales insumos se encuentran contemplados, y en lo demás los precios del mercado... **PARÁGRAFO CUARTO.** El contratista deberá manifestar expresamente y por escrito **al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prórrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor;** en caso de que el contratista suscriba el documento sin la manifestación anterior se entenderá que cumplirá lo acordado sin que haya lugar a pago adicional alguno. (...). (Negrillas extratextuales).

- Con respecto al plazo del contrato y al término para su ejecución, es pertinente mencionar que, conforme a lo estipulado en la cláusula séptima, el plazo total del contrato era de veintidós (22) meses, contados desde el acta de inicio, pero la obra debía ser entregada en su totalidad dentro de los primeros dieciocho (18) meses. Los cuatro (4) meses restantes debían destinarse exclusivamente a la revisión de la obra, la realización de pruebas y la corrección de las fallas que se detectaran.

Sin embargo, debe anotarse que esta cláusula se modificó en sucesivas ocasiones, algunas veces para ampliar el plazo total del contrato y otras para variar la distribución interna de dicho plazo. Adicionalmente, la ejecución del contrato se suspendió por treinta días calendario, a partir del 1º de agosto de 2010, mientras las partes se ponían de acuerdo en algunos ítems nuevos y sus correspondientes precios. Al final, el contrato tuvo una duración de treinta y siete (37) meses y ciento diez (110) días, incluyendo el lapso que estuvo suspendido.

- En la cláusula decimonovena (19ª) se reguló la terminación anticipada del contrato. Dentro de las causales para que dicha situación se produjese, se incluyó el hecho de que el contratista entrara en una situación de cesación de pagos o concurso de acreedores, o que fuera objeto de embargos judiciales **que pudieran afectar de manera grave el cumplimiento del contrato** (literal c), y también cuando el contratista cediera el contrato sin la autorización previa y por escrito de Fonade.
- Es importante resaltar que en la cláusula vigésima (20ª) del mismo documento se reguló tanto la cesión del contrato como la cesión de los créditos o derechos personales derivados del mismo, en los siguientes términos:

*“CLÁUSULA VIGÉSIMA.- CESIÓN. El presente contrato se celebra en consideración a la calidad del CONTRATISTA; en consecuencia, no podrá cederlo en todo o en parte a ningún*

título, sin el consentimiento expreso, previo y escrito de Fonade. Dicha cesión, de producirse, requerirá para su eficacia del documento que la contenga firmado por el Cedente, el Cesionario y Fonade. **PARÁGRAFO. El contratista podrá ceder parcial o totalmente los derechos económicos del contrato previa autorización expresa de Fonade**". (Negritas ajenas al texto).

- Por otro lado, debe señalarse que en la cláusula vigesimosexta (26ª) del contrato ("cláusula compromisoria"), se pactó que las controversias que surgieran entre las partes y que no pudieran solucionarse en forma amigable y directa (cláusula 25ª), serían sometidas al arbitraje:

*"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA. Si surgieren divergencias de cualquier índole entre el contratista y Fonade, **relacionadas o derivadas de la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del Contrato**, que no puedan ser resueltas de común acuerdo por las partes, tales controversias serán dirimidas por un tribunal de arbitramento que se regirá por las siguientes reglas:*

*1) Estará integrado por tres árbitros... (...)*

*5) Las decisiones se tomarán en derecho (...)"*. (Se destaca).

- Finalmente, es del caso señalar que en la cláusula vigésima novena (29ª) del contrato, se pactó lo referente a su liquidación, así:

*"CLÁUSULA VIGÉSIMO NOVENA – LIQUIDACIÓN: El presente contrato se liquidará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato, los pagos realizados al CONTRATISTA y los acuerdos a que hayan llegado las partes sobre la ejecución del contrato. PARÁGRAFO: Los recursos sin ejecutar serán reintegrados a Fonade"*.

## 2. La cesión de los "derechos económicos" derivados del contrato

Los derechos personales o créditos de contenido económico derivados del contrato de obra N° 2070329 de 2007, fueron objeto de tres (3) cesiones sucesivas, como pasa a explicarse:

### a. Cesión de créditos celebrada entre "el Consorcio CMS Cárceles" y el Banco de Crédito Helm Financial Services

El 16 de octubre de 2007, es decir, algunos meses después de suscribirse el contrato que nos ocupa y de haberse iniciado su ejecución, "el Consorcio CMS Cárceles", actuando como cedente, y el Banco de Crédito Helm Financial Services, en su calidad de cesionario, celebraron un acuerdo de cesión de los derechos económicos derivados del contrato de obra N° 2070329, en virtud del cual **"EL CEDENTE cede y/o endosa en favor del BANCO las sumas de dinero correspondientes al valor que como retribución del CONTRATO debe**

pagar al **CEDENTE** de acuerdo con los términos del contrato a que se hizo alusión en la parte considerativa del presente documento” (cláusula primera, objeto).

A pesar de la deficiente redacción de esta cláusula, que podría llevar a pensar, entre otras interpretaciones, que la cesión recayó solamente sobre una parte de las sumas de dinero que el contratista tenía derecho a recibir por concepto del contrato, como el AIU, o solo la utilidad, una lectura integral de dicho documento, incluyendo sus consideraciones, permite inferir que el objeto de la cesión fue, en realidad, la totalidad de los “derechos económicos” derivados del contrato de obra, incluyendo, además de las sumas de dinero que se adeudaran al contratista en ese momento, todas las que se causaran en el futuro y que tuviera derecho a reclamar, a cualquier título, por la ejecución del citado contrato.

Así se desprende, en primer lugar, del título o denominación dada por las partes a este documento: “CESIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS DERIVADOS DEL CONTRATO...”. Y se confirma con lo manifestado en las consideraciones, en cuya parte pertinente se lee:

- “7. Que **los derechos económicos derivados del CONTRATO** se encuentran actualmente libres, no han sido gravados anteriormente, ni cedidos a ninguna persona, ni se encuentran actualmente limitados o afectados por medidas cautelares u otras afectaciones de cualquier naturaleza. (...)
9. Que con el objeto de garantizar el pago del crédito requerido por CONSORCIO CMS – CÁRCELES y en general cualquier obligación que este tuviera para con EL BANCO y/O FILIALES Y/O SUBSIDIARIAS NACIONALES O EXTRANJERAS... incluyendo el pago de capital, intereses causados dentro del plazo y la mora, impuestos, comisiones, gastos de cobranza, si fuere el caso y mantener una fuente de pago a favor del BANCO, **es voluntad del CEDENTE efectuar la cesión de los derechos económicos derivados del CONTRATO**, celebrado entre EL CEDENTE y EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE).
10. Que **la cesión de derechos económicos derivados del CONTRATO** es un contrato accesorio al pagaré número...” (Negrillas ajenas al texto).

Esta misma conclusión se ratifica con otras cláusulas del acuerdo que nos ocupa. Así, por ejemplo, en la cláusula segunda se estipuló que, como consecuencia de la cesión, “EL BANCO recibirá, en la forma que se establece más adelante **el valor de los derechos económicos del CONTRATO que por medio del presente instrumento se ceden**, a efecto de que con dichas sumas de dinero se cancele el valor de las obligaciones que tenga o llegare a tener CONSORCIO CMS – CÁRCELES a favor del BANCO...” (resaltamos).

En el mismo sentido pueden citarse la cláusula tercera, que fija el procedimiento que las partes deben seguir para que el pago de los derechos derivados del contrato se haga a favor del banco y se aplique a la solución de las deudas que el consorcio tenga con aquel; la cláusula cuarta, que señala, entre otras cosas, el término de duración de la cesión; la sexta, que contiene las obligaciones que el cedente asumió para con el cesionario; la cláusula séptima, que menciona, con respecto a la cesión, los eventos en los que el

banco podía declarar extinguidos los plazos de las obligaciones financieras contraídas por el cedente; la octava, que establece la obligación para el cedente de reintegrar inmediatamente al banco cualquier suma que llegare a recibir directamente de Fonade, “*derivado de los derechos económicos objeto de la presente cesión*”, y la cláusula décima, que relaciona los documentos que forman parte integrante de ese contrato, entre los cuales incluye la “*fotocopia autenticada del CONTRATO*” y la certificación expedida por el Revisor Fiscal de Fonade, “*en que consta que **los derechos económicos del contrato se encuentran libres de toda afectación, limitación, gravamen o medida cautelar y no han sido cedidos a terceros***” (se destaca).

De las estipulaciones citadas, vale la pena resaltar que, según la cláusula tercera, numeral 2º, “*será **responsabilidad del CEDENTE** efectuar todas las diligencias, trámites, cumplimiento de obligaciones contractuales, presentación de cuentas de cobro o facturas y **en general, la realización de todas las gestiones necesarias para que se efectúe el pago directamente al BANCO, a más tardar en la fecha prevista en el CONTRATO** objeto de cesión. (...)*”. (Negrilla añadida).

Igualmente, conforme a lo estipulado en el párrafo de la misma cláusula, “*las condiciones de pago y en general **los derechos económicos del CONTRATO objeto de la presente cesión, no podrán ser modificados sin la previa y escrita aprobación por parte del BANCO...***” (Negrillas añadidas).

De la cláusula sexta, es pertinente mencionar las siguientes obligaciones que asumió el cedente (originalmente “el Consorcio CMS Cárceles”) frente al banco cesionario: (i) “***Aceptar cualquier traspaso** que EL BANCO haga de los instrumentos a su cargo **o del presente contrato** (numeral 2º); (ii) “*Responder al BANCO por la existencia de los créditos cedidos y por la solvencia del contratante cedido en los términos del artículo 1965 del Código Civil...*”, y (iii) “*Notificarle a EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE) sobre **la cesión de los derechos económicos derivados del CONTRATO** y obtener una comunicación, suscrita por un representante legal de... FONADE en la que se declare la aceptación de la cesión y que a partir de la misma, **los pagos de las prestaciones económicas derivadas del CONTRATO** se efectuará directamente al BANCO*”. (Resalta la Sala).*

Así, se observa que el acuerdo de cesión recayó, en general, sobre los derechos económicos derivados del contrato de obra 2070329 celebrado entre “el Consorcio CMS Cárceles” y Fonade, y no solamente sobre algunos de esos derechos, que pudieran corresponder o ser interpretados como la “retribución” del contratista.

En cuanto al valor de la cesión de créditos, vale la pena mencionar que esta no se limitó expresamente a ningún monto, si bien en las consideraciones se dejó constancia de que dicho negocio se realizaba principalmente para garantizar el reembolso de un préstamo por valor de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) solicitado por “el Consorcio CMS Cárceles” al Banco de Crédito Helm Financial Services. Sin embargo, el numeral 9º de las consideraciones es claro en señalar que la referida cesión también garantiza cualquier otra obligación que dicho consorcio tuviera con ese banco, sus filiales o subsidiarias.

Finalmente, en punto a la duración de la cesión, debe decirse que aun cuando esta constituyó un mecanismo de garantía y fuente de pago de las obligaciones financieras contraídas por los miembros del consorcio con el Banco de Crédito, es decir, que se trata claramente de un contrato accesorio al contrato o los contratos de los cuales nacieron tales obligaciones, y así se consignó expresamente en el respectivo documento (numeral 10 de las consideraciones), en el mismo acuerdo se estipuló expresamente que la cesión de créditos “*solo se entenderá extinguida, una vez que EL BANCO y EL CEDENTE acuerden por escrito su terminación y notifiquen de ello a EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE)*” (cláusula cuarta, numeral 3).

Por lo tanto, la cesión de créditos incorporada en el documento que se comenta permanece vigente mientras las partes cedente y cesionaria no acuerden expresamente su terminación y notifiquen de ello a Fonade, y siempre que, como es obvio, subsistan derechos crediticios de contenido económico derivados del contrato de obra.

Ahora bien, la cesión que se ha descrito fue notificada a Fonade por el representante del Consorcio CMS Cárceles, mediante comunicación CE-CMSOF-233-2007 del 24 de octubre de 2007. En respuesta a dicho oficio, Fonade emitió una comunicación el 6 de noviembre de 2007, suscrita por la Asesora Jurídica de dicha entidad y dirigida al Banco de Crédito Helm Financial Services, en la cual manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

- (i) Que Fonade se notificaba de la cesión efectuada a favor del referido banco, por parte del “Consortio CMS Cárceles”, “**de los derechos económicos –hasta por la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000.00)– derivados del contrato de interventoría (sic) No. 2070329 suscrito el 28 de febrero de 2007, con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade)...**”.
- (ii) Que, “**adicionalmente, Fonade manifiesta que acepta dicha cesión, de conformidad con lo estipulado en la cláusula SEXTA numeral 5 de dicho contrato**”.
- (iii) Que en virtud de lo anterior, “**Fonade efectuará, a favor de BANCO DE CRÉDITO HELM FINANCIAL SERVICES, los pagos líquidos que correspondan a CONSORCIO CMS CÁRCELES, mediante consignación en la cuenta corriente bancaria que el Banco de Crédito indique más adelante...**”.
- (iv) Que la aceptación de la cesión se refería únicamente “**los derechos económicos aludidos, y no implica la cesión de la posición contractual de CONSORCIO CMS CÁRCELES en el contrato de obra antes mencionado**”. (Se resalta).

Vale la pena mencionar que, según la relación de pagos efectuados por Fonade en virtud del contrato de obra N° 2070329, enviada por dicha entidad, Fonade no efectuó pago alguno al Banco de Crédito Helm Financial Services (luego Helm Bank S. A.), con fundamento y en cumplimiento del contrato de cesión de derechos económicos que se viene de explicar.

Lo anterior, a pesar de que sí realizó directamente al contratista, es decir, al “Consortio CMS Cárceles”, dos (2) pagos por valores de \$1.321.459.052 y \$417.669.054,

respectivamente, por concepto de actas de obra ejecutada, es decir, que no correspondían a anticipos, los días **26 de noviembre y 28 de diciembre de 2007**, fechas en las cuales, como se puede apreciar, ya Fonade se había notificado y había aceptado el contrato de cesión de los derechos económicos celebrado entre el consorcio y el Banco de Crédito Helm Financial Services, y no se había notificado aún del contrato de fiducia mercantil al que nos referiremos en el siguiente literal.

**b. La cesión de créditos incorporada en el contrato de fiducia mercantil celebrado entre las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles y la fiduciaria Helm Trust S. A.**

El 29 de noviembre de 2007, las sociedades que conforman el Consorcio CMS Cárceles y la fiduciaria Helm Trust S. A. celebraron un “*contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, fuente de pagos y pagos*”, cuyo objeto, según lo estipulado en la cláusula primera, consistió en que el fideicomitente, es decir, las sociedades integrantes del consorcio, se obligaron a transferir a la fiduciaria, a título de fiducia mercantil irrevocable, los derechos económicos y recursos derivados de las actas de avance de obra del contrato N° 2070329, a fin de que tales recursos fueran administrados e invertidos por la fiduciaria y se utilizaran únicamente para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el fideicomitente con Fonade (quien sería el beneficiario), en desarrollo del contrato 2070329. Para estos efectos se constituyó un patrimonio autónomo denominado “*Fideicomiso de Administración, Fuente de Pagos y Pagos Consorcio CMS Cárceles*”.

En cuanto a los antecedentes de este negocio, en las consideraciones del contrato de fiducia se afirma que Fonade había aprobado al consorcio una ampliación del anticipo, “*el cual fue aumentado del treinta por ciento (30%) al cuarenta por ciento (40%)*”, y que, “*dentro de las condiciones de aprobación por parte de Fonade, para la ampliación del valor del anticipo... se encuentra la de constituir un esquema fiduciario de administración, pagos y fuente de pago con los derechos económicos generados por la aprobación de las actas de avance de obra del contrato N° 2070329*”.

Sobre este punto, aclara la Sala que, aunque el anticipo originalmente pactado en el contrato fue incrementado efectivamente, con el otrosí N° 2 del 30 de noviembre de 2007, el aumento no fue del 30% al 40% del valor del contrato, como se dice equivocadamente en el contrato de fiducia, sino del 10% al 40%, es decir, que se adicionó en el 30% del monto total del contrato.

Como se observa, la celebración de este contrato de fiducia implicó la realización de una segunda cesión de los créditos o derechos a favor del contratista, surgidos del contrato de obra N° 2017329 celebrado con Fonade, pero referidos específicamente a los derivados de las actas de avance de obra. Esta nueva transferencia de derechos se encuentra confirmada en otras cláusulas del contrato de fiducia, como las cláusulas segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima, entre otras. En efecto, de acuerdo con la cláusula segunda (“*Bienes fideicomitados*”), entre los bienes que debían ser transferidos a la sociedad fiduciaria para conformar el patrimonio autónomo, estaban “*la totalidad de*

*los derechos económicos y recursos derivados de las actas de avance de obra del contrato... celebrado entre el fideicomitente y Fonade”.*

La misma cláusula especifica que la cesión de tales derechos se perfeccionaba con el envío de una comunicación a Fonade, por parte del fideicomitente, para notificarle la transferencia de los derechos económicos al fideicomiso, e instruirlo de manera irrevocable para que, de ahí en adelante, los pagos se hicieran directamente al patrimonio autónomo, así como con la aceptación de dicha cesión y de las instrucciones de pago por parte de Fonade.

En el parágrafo segundo de la misma cláusula se estipuló que si el fideicomitente llegaba a recibir, por cualquier razón, pagos correspondientes a los derechos económicos cedidos, debía consignarlos en la cuenta corriente o en el encargo fiduciario abiertos a nombre del fideicomiso, a más tardar el día hábil siguiente. El parágrafo tercero de la misma cláusula aclara que el fideicomitente sería el encargado del cobro presente y futuro de los derechos económicos cedidos, para lo cual la fiduciaria “delega” en el fideicomitente el cobro jurídico y prejurídico de tales derechos.

La cláusula tercera establece que la finalidad del contrato de fiducia celebrado consistía en que el fiduciaria recibiera los recursos provenientes de la totalidad de los derechos económicos “*incorporados en las Actas de Avance de Obra*”, para destinarlos al pago de las obligaciones contraídas por el fideicomitente con el beneficiario (Fonade), invirtiera tales sumas en su fondo común ordinario, atendiera las órdenes de pago que le emitiera el fideicomitente, con la aprobación de la interventoría, y efectuara la restitución de los recursos que llegaren a sobrar.

En la cláusula cuarta (“tradición”), se indicó que “*los derechos económicos o patrimoniales que son objeto de la presente transferencia, fueron y serán adquiridos por EL FIDEICOMITENTE con ocasión de la ejecución presente y futura de su objeto social*”.

La cláusula quinta contiene algunas declaraciones efectuadas por el fideicomitente, entre las cuales se destacan: (i) que la celebración del contrato de fiducia no tenía como causa ni producía como efecto la defraudación de los derechos de terceros, porque la constitución del fideicomiso no generaba un deterioro a la prenda general de los acreedores, y (ii) que autorizaba al fiduciario para recibir los recursos correspondientes a los pagos que hiciera Fonade, en la cuenta corriente o el encargo fiduciario abiertos a nombre del fideicomiso en el Banco de Crédito Helm Financial Services, “*entidad matriz de EL FIDUCIARIO*”, o directamente en el fondo común ordinario administrado por la fiduciaria.

En la cláusula séptima se pactaron las obligaciones que tendría el fideicomitente, entre las cuales se incluyen: (i) Transferir y entregar en forma irrevocable los derechos económicos objeto de este contrato para el cumplimiento de la finalidad prevista en el mismo; (ii) instruir en forma irrevocable al pagador, es decir, Fonade, para que consigne a favor del fideicomiso la totalidad de los derechos económicos “*derivados de las actas de avance de obra*” del contrato; (iii) consignar a la fiduciaria los recursos correspondientes

a los pagos que por cualquier razón llegare a recibir el fideicomitente de forma directa, y (iv) no gravar los recursos y sumas derivadas de las actas de avance de obra del contrato, cuyos derechos económicos se ceden, sin el consentimiento previo y escrito del beneficiario (Fonade).

En cuanto a la vigencia de este contrato, en la cláusula decimocuarta se estipuló que tendría una duración de cinco (5) años, pero que, en todo caso, permanecería vigente si, vencido ese plazo, “*subsisten saldos pendientes por amortizar para cancelar la totalidad de las obligaciones*” a cargo del fideicomitente y a favor del beneficiario.

Ahora bien, mediante la comunicación CE-OUTS CMS-029-2008 del 28 de enero de 2008, un funcionario del Consorcio CMS Cárceles remitió a Fonade copia del contrato de fiducia previamente descrito, “*para tramitar la carta de cesión para la Fiducia ante el Banco de Crédito*” (sic).

Por medio del oficio 2008EE1830 del 24 de enero de 2008, entregado, al parecer, el 28 de enero de ese año y dirigido a la fiduciaria Helm Trust S. A., la Asesora Jurídica de Fonade manifestó que conocía el “*contrato de cesión de derechos económicos*” suscrito por “el Consorcio CMS Cárceles” y Helm Trust S. A., “*para recibir el total de los pagos líquidos, excepto lo correspondiente a anticipos*”, derivados de la ejecución del contrato de obra. Asimismo le manifestó:

- (i) Que Fonade se notificaba de dicha cesión;
- (ii) Que Fonade efectuaría, a favor de la fiduciaria, el total de los pagos líquidos a que hubiera lugar en virtud del contrato de obra, salvo los correspondientes a anticipos.
- (iii) Que Fonade asumía tal compromiso a partir de ese momento y hasta que recibiera instrucciones en contrario de la fiduciaria.

En relación con este contrato de fiducia, la Sala debe manifestar que le causa perplejidad el hecho de que, habiéndose celebrado, apenas, un mes y medio después de la suscripción del contrato de cesión de derechos explicado en el literal anterior de este acápite, ni en el texto del contrato de fiducia ni en las comunicaciones mediante las cuales fue notificado a Fonade y aceptado por esta, se encuentre una sola mención a la cesión inicial de los derechos crediticios derivados del contrato de obra a favor del Banco de Crédito Helm Financial Services, ni mucho menos se haya explicado los efectos que este segundo contrato estaba llamado a producir en relación con la cesión primigenia de los derechos, a pesar de que en ambos actos jurídicos actúan como cedentes las mismas personas jurídicas (las compañías integrantes del Consorcio CMS Cárceles) y que en el contrato de fiducia opera como cesionaria una sociedad subordinada del Helm Bank S. A. (cesionario en el primer acto).

Por el contrario, en el numeral 2º de las consideraciones del contrato de fiducia mercantil se afirma: “*Que el Representante Legal y el Revisor Fiscal de los miembros de **EL FIDEICOMITENTE***

mediante comunicaciones anexas, han certificado que los recursos provenientes de los pagos que a su favor efectúa Fonade, derivados del contrato No. 2070329 de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil siete (2007), celebrado entre **EL FIDEICOMITENTE** y Fonade, **se encuentran libres de todo gravamen y/o de cualquier limitación a su libre destinación**” (resalta la Sala), afirmación que evidentemente riñe con el negocio jurídico de cesión celebrado previamente, pues los referidos derechos ya habían sido transferidos al Banco de Crédito Helm Financial Services, en virtud del contrato de cesión suscrito el 16 de octubre de 2007 y de la respectiva aceptación por parte de Fonade.

La situación anterior obliga a la Sala a establecer el alcance de cada uno de esos actos de cesión, así como los efectos que la celebración del contrato de fiducia pudo tener en relación con el acuerdo de cesión de derechos firmado el 16 de octubre de 2007, como más adelante se hará.

Finalmente, es pertinente mencionar que en cumplimiento de la cesión incorporada en este contrato de fiducia mercantil y de la aceptación del mismo por parte de Fonade, esta entidad efectuó varios pagos a la fiduciaria Helm Trust S. A., entre el 6 de febrero de 2008 y el 6 de octubre de 2010, por un valor total de \$27.021.279.681, que correspondieron a actas de avance de obra y a actas de reajuste, es decir, sin incluir anticipos.

**c. El “Acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre Helm Bank S. A. y el Consorcio CMS Cárceles”**

El primero de febrero de 2011, el Helm Bank S. A., antes Banco de Crédito Helm Financial Services, y la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. suscribieron un acuerdo de cesión “de la posición contractual” que el citado banco tenía, en calidad de cesionario, en el contrato de cesión de créditos suscrito el 16 de octubre de 2007, con el fin de transferir dicha posición a Pine Com, como nueva cesionaria. Como antecedentes de dicho negocio jurídico, es importante transcribir lo señalado por las partes en los numerales 3º y 4º de las consideraciones:

- “3. *Que con el objeto de garantizar el pago del crédito requerido por el **CONSORCIO CMS CÁRCELES** y en general cualquier obligación que este tuviera para con el BANCO y/o FILIALES Y/O SUBSIDIARIAS... el **CONSORCIO CMS CÁRCELES** efectuó la cesión de los derechos económicos derivados del Contrato No. 2070329 señalado en el considerando primero (1º), mediante contrato de fecha dieciséis (16) de octubre de dos mil siete (2007), cesión realizada a favor del **HELM BANK S. A.***
4. *Que la sociedad **PINECOM ASIA PCA COLOMBIA SAS**, identificada con el Nit **830.125.261-4**, pagó dicha obligación crediticia y en tal virtud ha solicitado al **BANCO que este ceda los derechos económicos del CONTRATO N° 2070329**”. (Se resalta).*

En las cláusulas primera y segunda de este contrato, se precisó el objeto, los efectos y el alcance de esta nueva cesión, en los siguientes términos:

*“PRIMERA. OBJETO: Por el presente documento, el CEDENTE cede su posición contractual en el contrato de cesión de derechos económicos, suscrito el 16 de octubre de 2007, a favor del CESIONARIO.*

*EL CESIONARIO asume todas las obligaciones y derechos contractuales derivados del contrato de cesión de fecha 16 de octubre de 2007, apartándose EL CEDENTE de los mismos. Siendo así, el BANCO cede y/o endosa a favor del CESIONARIO las sumas de dinero correspondientes al valor que como retribución del contrato de obra para la... construcción del complejo penitenciario y carcelario... el cual se identifica como el contrato No. 2070329, celebrado entre el CONSORCIO CMS CÁRCELES y Fonade, sumas que corresponden al BANCO de acuerdo con los términos del contrato de cesión de fecha 16 de octubre de 2007, el cual se señaló en la parte considerativa del presente documento.*

*SEGUNDA. ALCANCE: Como consecuencia de lo anterior, el CESIONARIO recibirá el valor de los derechos económicos del Contrato que por medio del presente instrumento se ceden”.*

En armonía con lo anterior, la cláusula cuarta del mismo documento establece que será de cargo del nuevo cesionario *“efectuar todas las diligencias, trámites, cumplimiento de obligaciones contractuales, presentación de cuentas de cobro o facturas y en general, la realización de todas las gestiones necesarias para que se efectúe el pago directamente al **CESIONARIO**”,* y la cláusula quinta, numeral 2º dispone que *“EL **CESIONARIO** asumirá los derechos, potestades, privilegios, responsabilidades y obligaciones resultantes del contrato de cesión de derechos económicos suscrito el 16 de octubre de 2007 y de los que surjan con posterioridad...”.*

Vale la pena mencionar que en el mismo acuerdo de cesión se expresó que esta se hacía *“a título gratuito”* y sin ninguna responsabilidad para el banco cedente, ni siquiera en cuanto a la existencia de los créditos, en la medida en que este *“no sabe cuál es el estado actual del contrato suscrito entre el CONSORCIO CMS CÁRCELES y Fonade de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil siete (2007)”*, ni tampoco, *“si hay dineros pendientes de pago provenientes del mencionado contrato”* (numeral 5 de las consideraciones). Ahora bien, mediante carta del 11 de febrero de 2011, la Representante Legal de Pine Com remitió a Fonade copia del acuerdo de cesión que se acaba de describir.

El 17 de febrero de 2011, la misma funcionaria dio alcance a dicho oficio, para solicitar a Fonade que, en adelante y con fundamento en el referido acuerdo de cesión, todos los pagos líquidos que correspondieran al Consorcio CMS Cárceles, con ocasión del contrato de obra N° 2070329, se efectuaran a favor de Pine Com Asia PCA Colombia S. A., ***“hasta el límite de la cesión, esto es hasta la suma de CINCO MIL MILLONES DE PESOS”*** (se resalta).

En respuesta a las dos comunicaciones anteriores, la Subgerente de Contratación, encargada de las funciones de la Gerencia General de Fonade, con el oficio N° 20115000157561 del 14 de julio de 2011, le manifestó a la Representante Legal de Pine Com, entre otras cosas, que Fonade: (i) conocía y se notificaba del citado acuerdo de cesión de la posición contractual; (ii) que aceptaba dicha cesión y que, por tanto, *“efectuará el pago del saldo pendiente por desembolsar a favor de la sociedad PINE COM...”*; (iii) que

dicho pago se realizaría **“una vez se haya liquidado el contrato y se hayan efectuado los descuentos legales y contractuales a que haya lugar, de acuerdo con las obligaciones contraídas en el contrato n° 2070329”** (resaltamos), y (iv) que **“esta obligación estará vigente, respecto de los pagos que se generen a partir de la fecha en que se cedieron los mencionados derechos, hasta tanto no se reciba una instrucción expresando determinación en contrario por parte de PINE COM...”**.

Finalmente, es importante señalar que, con fundamento en este último acuerdo de cesión, Fonade hizo un pago de \$156.259.056 a la sociedad Pine Com el día 26 de marzo de 2014, por concepto de **“acta de obra ejecutada N° 31”** y la correspondiente acta de reajuste de precios, según información suministrada por Fonade.

### 3. El laudo arbitral del 16 de enero de 2017

El 11 de marzo de 2013, el Consorcio CMS Cárceles y la sociedad Disico S. A. (integrante del mismo consorcio) convocaron a Fonade a un tribunal de arbitramento, para discutir y resolver las diferencias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de obra N° 2070329.

En términos generales, los convocantes solicitaron al tribunal<sup>646</sup> que declarara que Fonade había incumplido el contrato mencionado, al no haber pagado al consorcio algunas obras adicionales y mayores cantidades de obra que este decía haber ejecutado, ni haberle reconocido otros costos administrativos, y que, como consecuencia de lo anterior, se condenara a la entidad pública demandada a pagar las sumas dejadas de reconocer, con su respectivo ajuste (según lo pactado en el contrato), intereses y perjuicios causados al contratista.

Asimismo, la parte convocante solicitó al tribunal liquidar el contrato, incluyendo en tal liquidación las obligaciones que reconociera a favor del contratista, según lo pedido en la demanda arbitral y en su reforma. Fonade contestó la demanda reformada, oponiéndose a las pretensiones de la misma y planteando varias excepciones. Adicionalmente, formuló demanda de reconvencción contra las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, basada en un presunto incumplimiento parcial en el que tales firmas habrían incurrido en relación con algunas de sus obligaciones. Agotado el trámite arbitral, el tribunal profirió el laudo respectivo, el 16 de enero de 2017, en el cual condenó a Fonade y absolvió, de las pretensiones planteadas en la demanda de reconvencción, a los integrantes del Consorcio CMS Cárceles.

En relación con el contenido de esta providencia, es importante mencionar, en primer lugar, que los árbitros tipificaron el contrato N° 2070329 de 2007, celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, como un **contrato estatal de obra a precios unitarios**, regido, sin embargo, por las normas del derecho privado (civil y comercial).

646 Conformado por los doctores Camilo Calderón Rivera, Gabriela Monroy Torres y William Barrera Muñoz.

Esta calificación obedeció, por una parte, a que el tribunal acogió la jurisprudencia del Consejo de Estado en la que caracteriza como “contratos estatales” a todos los contratos celebrados por las entidades y organismos públicos mencionados en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente de que tales contratos se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el derecho privado o cualquier otro régimen especial<sup>647</sup>; y por otra parte, a que consideró que Fonade, como empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, no estaba sujeto a la aplicación de dicho estatuto en los contratos que celebra dentro del giro ordinario de sus negocios, de acuerdo con lo dispuesto, a la sazón, por el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993<sup>648</sup>. Ahora bien, en relación con las pretensiones y excepciones de las partes, el panel arbitral encontró probado y declaró lo siguiente:

- (i) Que el contratista había ejecutado efectivamente mayores cantidades de obra que no le habían sido reconocidas ni pagadas por Fonade, lo cual constituyó un incumplimiento contractual por parte de la entidad pública.
- (ii) Que, en consecuencia, debía reconocerse al contratista el costo directo de las mayores cantidades de obra ejecutadas por este y no pagadas, aunque en una suma inferior a la solicitada por la parte convocante.
- (iii) Que también debía reconocerse al consorcio el ajuste de los precios unitarios correspondientes a tales obras, de acuerdo con la fórmula pactada en el contrato y en sus acuerdos modificatorios.
- (iv) Que era necesario reconocerle, asimismo, los costos indirectos, representados por el AIU (administración, imprevistos y utilidad), sobre el valor de los costos directos en los que incurrió el contratista, en el porcentaje estipulado en el contrato.
- (v) Que el contratista también tenía derecho al reconocimiento y pago de los “*intereses corrientes, a la tasa máxima legal permitida*”, desde el 11 de septiembre de 2010 (día siguiente al de terminación del contrato) y hasta la fecha del laudo arbitral, lo cual justificó de la siguiente manera:

*“En la medida en que el Tribunal ha reconocido que la convocante tiene derecho al pago de mayores cantidades de obra que ejecutó y no le fueron reconocidas en el momento de terminación del contrato, es decir el 10 de septiembre de 2010, ello conlleva al costo de la pérdida de oportunidad, por lo que tiene derecho al reconocimiento de los intereses reclamados en la pretensión, lo cual desde ya advierte el Tribunal no es incompatible con la fórmula de reajuste que contiene el contrato en su cláusula tercera”.*

647 A este respecto cita, entre otras providencias, una sentencia del 29 de mayo de 2013 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez.

648 Esta norma decía, antes de su modificación por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007:

**“PARÁGRAFO 1º.** Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, **los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.**

- (vi) Finalmente, y en atención a lo solicitado por la parte convocante, el tribunal de arbitramento resolvió liquidar el contrato de obra, incluyendo las sumas a las que fue condenado Fonade, en los siguientes términos:

*“A manera de resumen las cifras objeto de condena y que constituyen la liquidación del contrato se sintetizan en el siguiente cuadro:*

CONCEPTO	VALOR
Mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas	\$727.024.311,03
Ajuste previsto en la cláusula tercera del Contrato	\$74.889.701,61
Costo Indirecto AIU	\$200.478.503,00
Intereses corrientes bancarios causados desde el 11 de septiembre de 2010	\$1.158.701.497,00
<b>TOTAL</b>	<b>\$2.161.094.012,64”</b>

Por otra parte, los árbitros denegaron las pretensiones formuladas por Fonade en su demanda de reconvenición, al encontrar que no fueron probados los hechos en las cuales se basaban. En virtud de lo anterior, el tribunal profirió, entre otras, las siguientes declaraciones y condenas (solo se citan, parcialmente, las pertinentes a esta consulta):

*“(…) Tercero. Declarar que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE) incumplió el contrato de obra No. 2070329 de 2007 suscrito por las partes el 28 de febrero de 2007, por el no pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el CONSORCIO CMS CÁRCELES que fueron acreditadas en el proceso. Con lo anterior prospera la pretensión primera principal...*

*Cuarto. Declarar que como consecuencia de lo anterior... FONADE es responsable respecto de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, costos administrativos y perjuicios causados al CONSORCIO CMS CÁRCELES. (...)*

*Quinto. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a... FONADE a pagar a favor del CONSORCIO... la suma de... (\$727.024.311,03) por concepto del costo directo de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del Contrato de Obra 2070329 de 2007. (...)*

*Sexto. Declarar que al costo directo de los precios unitarios correspondientes a las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas a las que se refiere el numeral Quinto anterior, se le debe aplicar hasta el 10 de septiembre de 2010 la fórmula de reajuste pactada en el contrato y sus modificatorios, conforme al Índice de Costo de Construcción de Vivienda...*

*Séptimo. Como consecuencia de la declaratoria anterior, condenar al FONDO FINANCIERO... a pagar a favor del CONSORCIO... la suma de... (\$74.889.701,61). (...)*

*Octavo. Declarar que... FONADE no ha reconocido el porcentaje correspondiente al veinticinco por ciento (25%), por concepto del costo indirecto: Administración, Imprevistos*

y Utilidad, calculado sobre el costo directo actualizado de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas que han sido reconocidas por el Tribunal... Con lo anterior prospera la pretensión sexta principal de la demanda principal...

**Noveno.** Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión sexta principal, condenar al FONDO FINANCIERO... a pagar a favor del CONSORCIO... la suma de... (\$200.478.503). (...)

**Décimo.** Condenar a... FONADE a pagar a favor del CONSORCIO... la suma de... (\$1.158.701.497) por concepto de los intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, causados sobre las sumas referidas en el numeral Quinto anterior, intereses que han sido liquidados a partir del 11 de septiembre de 2010 y hasta la fecha de este laudo. (...)

**Décimo Primero.** Se declara liquidado el contrato de obra No. 2070329 de 2007, de conformidad con la liquidación presentada en la parte motiva de este laudo... (...).

**Décimo Sexto.** Las sumas correspondientes a las condenas impuestas en virtud de este Laudo a cargo del FONDO FINANCIERO... y en favor del CONSORCIO... deberán ser pagadas en un plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria del presente laudo y a partir de esa fecha tales sumas devengarán intereses moratorios a la tasa moratoria más alta legalmente procedente hasta el día de su pago total. (...)."

Contra dicho laudo, Fonade interpuso un recurso extraordinario de anulación, el día 7 de marzo de 2017, el cual se encuentra actualmente en trámite, en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sin embargo, Fonade no solicitó la suspensión de los efectos del laudo mientras se resuelve el recurso, de acuerdo con lo permitido por el artículo 42, inciso 3º, de la Ley 1563 de 2012, para las entidades públicas.

En el recurso extraordinario, Fonade solicita que se anule parcialmente el laudo arbitral, en relación con **los intereses** a cuyo pago fue condenado, porque considera que el tribunal de arbitramento, en el laudo, no explicó las normas, las pruebas, la jurisprudencia ni, en general, los fundamentos jurídicos en los cuales se basó para determinar que Fonade debía pagar intereses, a la tasa del interés corriente bancario, a partir del día 11 de septiembre de 2010, es decir, desde el día siguiente al de terminación del contrato. A este respecto, el apoderado de Fonade considera que los árbitros tomaron tal decisión *en equidad o en conciencia*, pero no en derecho, como lo exigía la cláusula compromisoria pactada en el contrato (cláusula vigesimosexta) y lo impone el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

Sobre este punto, el apoderado de Fonade considera que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, lo procedente hubiera sido que el tribunal de arbitramento condenara a Fonade a pagar intereses moratorios desde el vencimiento del término de treinta (30) días siguiente a la fecha del acta de entrega final y recibo a satisfacción de las obras, lo cual ocurrió, según afirma, el 6 de marzo de 2013.

### C. Régimen jurídico aplicable al contrato N° 2070329 de 2007, celebrado entre Fonade y las compañías integrantes del Consorcio CMS Cárceles, así como a la cesión de los derechos crediticios derivados de dicho contrato

Tal como se indicó en el aparte anterior, el panel de arbitraje que resolvió las controversias entre Fonade y las sociedades que conformaron el Consorcio CMS Cárceles, consideró que el contrato N° 2070329, suscrito el 28 de febrero de 2007, si bien constituye un contrato de obra estatal, se rige por las reglas del derecho privado, conforme a lo que disponía, en el momento de su celebración, el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dado que ese laudo ha hecho tránsito a cosa juzgada entre las partes que intervinieron en el respectivo proceso arbitral, la Sala acogerá lo dispuesto en el mismo.

Por lo demás, ello coincide con lo manifestado por esta Sala en ocasiones anteriores sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por Fonade, y también con lo dispuesto en el “*MANUAL DE CONTRATACIÓN PARA LOS CONTRATOS DEL GIRO ORDINARIO*” de Fonade, expedido por esa misma entidad mediante los Acuerdos 002 y 006 de 2003, y vigente a partir del 5 de agosto de ese año.

En efecto, en el concepto 2135 de 2013<sup>649</sup>, la Sala estudió específicamente el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), tanto con otras entidades públicas como con particulares, así como la jurisdicción competente para conocer de los litigios derivados de tales contratos.

En dicho concepto se explicó que la normatividad aplicable a los contratos suscritos por Fonade ha cambiado a lo largo del tiempo, a partir de la Ley 80 de 1993, lo que permite distinguir tres etapas: (i) desde la Ley 80 hasta la Ley 1150 de 2007<sup>650</sup>; (ii) desde la Ley 1150 hasta la Ley 1450 de 2011<sup>651</sup>, y (iii) desde la Ley 1450 de 2011 en adelante.

Dado que el contrato que nos ocupa se suscribió el 28 de febrero de 2007, es decir, antes de que se promulgara<sup>652</sup> y entrara a regir<sup>653</sup> la Ley 1150 de 2007, conviene recordar lo que explicó la Sala en aquella ocasión sobre los contratos suscritos por Fonade durante el primer período que se menciona:

*“Con el propósito de universalizar el régimen de la contratación pública en Colombia, la Ley 80 de 1993 incluyó en su campo de aplicación a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tuviere una participación superior al 50%, tal como se desprende claramente de lo preceptuado en los artículos 1º y 2º. No obstante, el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 estableció una excepción para los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros*

649 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2135 del 9 de abril de 2013.

650 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

651 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

652 Julio 16 de 2007.

653 Enero 16 de 2008, según lo previsto en su artículo 33.

ylas demás entidades financieras de carácter estatal, dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto, así:

**“Artículo 32. De los contratos estatales (...) “Parágrafo 1º. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.**

Por lo tanto, **al ser Fonade una entidad financiera de carácter estatal, los contratos que celebraba dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto<sup>654</sup> no estaban sometidos a la Ley 80 de 1993 y se regían por las disposiciones que les fueran aplicables (E.O.S.F. y demás normas financieras, Código de Comercio, Código Civil, entre otras).**

Por el contrario, los contratos que no correspondían al giro ordinario de las actividades propias de su objeto, estaban sujetos íntegramente a la Ley 80 de 1993, norma que, como es sabido, remite parcialmente al derecho privado, especialmente en lo relacionado con el objeto de los contratos (artículos 32 y 40).

En este sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil, con relación a Fonade, en el concepto N° 1.773, antes citado, cuando expresó:

**“Con fundamento en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los bienes y servicios requeridos para su funcionamiento debe contratarlos como toda entidad estatal, en tanto que las actividades propias del giro ordinario de sus negocios se rigen por el derecho que les sea aplicable (...)”**“: (Resalta la Sala en esta ocasión).

En el mismo sentido, el “MANUAL DE CONTRATACIÓN PARA LOS CONTRATOS DEL GIRO ORDINARIO” de Fonade, expedido por esa entidad en el año 2003, dispone, en lo pertinente:

#### **“1. ARTÍCULO PRIMERO. OBJETO**

- **Establecer las condiciones para la realización de proyectos de personas particulares y de los contratos que debe celebrar la Entidad para el cumplimiento de convenios con entidades estatales. Es decir, aquellos que corresponden al giro ordinario de sus negocios.**
- **Se considera que corresponden al giro ordinario de las actividades la celebración de contratos que le permiten a Fonade competir, en igualdad de oportunidades, con el sector privado. Entre otros, la estructuración de proyectos, la gerencia integral de**

<sup>654</sup> “[14] La Sala considera que la expresión “objeto social” debe reservarse a las sociedades de economía mixta, a las sociedades entre entidades públicas y a las demás entidades estatales de carácter societario”.

*proyectos, formulación y ejecución de proyectos y todos los demás contratos dentro del límite de su objeto. (...)*

## **6. MANUAL DE CONTRATACIÓN PARA LOS CONTRATOS DEL GIRO ORDINARIO**

### **6.1. CONSIDERACIONES**

***Que la actividad contractual de Fonade se desarrolla mediante la aplicación de dos regímenes jurídicos: la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios para las actividades propias de su funcionamiento y el derecho privado para el cumplimiento del giro ordinario de sus negocios.***

*Que a pesar de la diferenciación en la normatividad aplicable a las actividades de Fonade, los dos regímenes comparten principios y reglas constitucionales fundamentales.*

***Que de conformidad con lo señalado en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el artículo 21 del decreto 679 de 1994 y en el artículo 288 del estatuto orgánico del sistema financiero, los contratos que celebre Fonade dentro del giro ordinario de sus negocios estarán sujetos a las normas del derecho privado. (...)*** (Subrayas añadidas).

Es evidente, por lo tanto, que el contrato de obra al cual se refiere este concepto no estaba sujeto a las normas de la Ley 80, sino a las disposiciones del derecho privado que le fueran aplicables (principalmente, el Código Civil y el Código de Comercio).

En todo caso, no sobra recordar que todos los contratos celebrados por las entidades públicas, entre ellas Fonade, están sujetos a los principios generales de la función pública, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, como lo vino a reiterar, con carácter positivo, el artículo 13<sup>655</sup> de la Ley 1150 de 2007 y lo ha manifestado esta Sala en múltiples ocasiones<sup>656</sup>.

Si lo expuesto con anterioridad sobre la aplicación del derecho privado al contrato de obra N° 2070329 de 2007 es cierto, como se ha demostrado, más cierto aún resulta que dicho régimen es el aplicable a la cesión de los derechos crediticios derivados de la celebración y ejecución de ese contrato, pues, adicionalmente, dicho acto jurídico (cesión de créditos) no está regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y las sucesivas cesiones celebradas en este caso fueron realizadas íntegramente entre particulares, aunque se hicieron con el conocimiento y la aceptación de Fonade.

Dado lo anterior, es necesario acudir a las normas del derecho privado, principalmente a las disposiciones pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio, para determinar

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

656 Entre ellas, en el citado concepto 2135 de 2013 y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015.

los efectos jurídicos de las mencionadas cesiones de créditos y, con base en esto, responder las preguntas formuladas por el Director General del Departamento Nacional de Planeación.

## D. La cesión de créditos o derechos personales y la cesión de derechos litigiosos. Naturaleza y efectos

### 1. La cesión de créditos, propiamente dicha

Para referirse a la naturaleza jurídica y a los efectos de la cesión de créditos, es conveniente empezar por recordar lo que la ley entiende por “créditos”.

Dentro de las distintas clasificaciones que la ley hace de las cosas o los bienes, el artículo 653 del Código Civil contiene una clasificación inicial, entre cosas corporales o tangibles y cosas incorpóreas o intangibles:

*“Artículo 653. Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.*

***Incorpóreas las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”.*** (Se destaca).

Por otra parte, el artículo 664 *ibídem* dispone que “*las cosas incorpóreas son derechos reales o personales*”, siendo los derechos reales aquellos que “*tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*”, tal como los define el artículo 665 de la misma obra, y los “**derechos personales o créditos son** los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos” (resaltamos), al tenor de lo dispuesto por el artículo 666 *ejúsdem*.

Tenemos, entonces, que la ley colombiana concibe los derechos personales o créditos, llamados también por la jurisprudencia y la doctrina “*acreencias*”, “*derechos crediticios*”, “*derechos subjetivos*” o “*derechos de crédito*”, como aquellos bienes incorpóreas o intangibles que consisten en el derecho que la ley (directa o indirectamente) reconoce a una persona para exigir de otra una determinada conducta o prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa. En esa medida, la doctrina ha explicado que los derechos crediticios constituyen la parte activa de la obligación, que pertenece al acreedor, cuyo extremo pasivo es la deuda, que grava al deudor u obligado.

Como las demás cosas o bienes, los derechos personales y, en general, las cosas incorpóreas pueden ser objeto de apropiación o dominio, lo cual es reconocido expresamente por el artículo 670 del Código Civil, cuando dispone:

***“Artículo 670. Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.*** (Destacamos).

Al ser objeto de propiedad, los créditos o derechos personales pueden ser, también, objeto de enajenación y de otros actos jurídicos de disposición del derecho de dominio.

Sin embargo, la ley no ha regulado de la misma forma la transferencia o enajenación de las cosas corporales y la enajenación o transferencia de las cosas incorpóreas. Para las primeras, como es sabido, el ordenamiento jurídico colombiano acogió el sistema del “*título y el modo*”, es decir, de un acto jurídico antecedente en virtud del cual una persona se obliga a transferir la propiedad sobre una cosa (compraventa, donación, fiducia, permuta etc.) y un segundo acto o hecho en virtud del cual se transfiere efectivamente el dominio sobre dicho bien (tradición, accesión, ocupación, usucapión etc.).

Para la enajenación de las cosas incorpóreas, en cambio, el ordenamiento jurídico diseñó un mecanismo especial, denominado “cesión de derechos”, del cual se ocupa específicamente el título XXV del libro IV del Código Civil, el cual se subdivide en tres capítulos, a saber: capítulo I: “*De los créditos personales*”; capítulo II: “*Del derecho de herencia*”, y capítulo III: “*De los derechos litigiosos*”.

En punto a la cesión de los créditos o derechos personales, es menester señalar, en primer lugar, que la ley no define dicho acto jurídico, sino que entra a regular directamente sus efectos, tanto en relación con las partes involucradas en la transferencia, es decir, cedente y cesionario, como en relación con el deudor de la respectiva deuda u obligación (desde el punto de vista pasivo), que la doctrina ha dado en llamar “*deudor cedido*”, y con los terceros (por ejemplo los acreedores del cedente o del cesionario).

Sin embargo, con base en lo explicado en precedencia, puede afirmarse claramente que la cesión de créditos consiste en el acto jurídico mediante el cual una persona transfiere o enajena a otra uno o varios derechos personales o créditos de los que es titular o dueño.

Más allá de esto, ha existido, durante décadas, un amplio debate en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con si la cesión de créditos es un contrato o no, y si constituye simplemente el título para la transferencia de los derechos, o es el modo, o ambas cosas al mismo tiempo, discusión que pareciera partir de la equivocada pretensión de asimilar u homologar absolutamente la cesión de créditos con la enajenación de las cosas corporales. La Sala no entrará en esta discusión, dado que no resulta necesario para los efectos de esta consulta, pues la ley regula directamente y en forma clara los requisitos y los efectos jurídicos de la cesión de derechos personales, como más adelante se verá.

Es importante aclarar, en todo caso, que la cesión de créditos puede recaer sobre todo tipo de derechos personales, incluyendo, además de aquellos que tienen por objeto exigir el pago de una suma de dinero, los que facultan al acreedor para exigir del deudor cualquier otra clase de conducta o prestación, como dar otro tipo de bienes, hacer o no hacer algo. Lo anterior no significa, sin embargo, que todo tipo de créditos o derechos personales puedan ser objeto de cesión, pues la ley, por consideraciones de orden público, prohíbe la enajenación o la disposición de cierta clase de derechos, como ocurre con los denominados “*derechos personalísimos*” (el nombre, etc.) y con otros que la ley prohíbe

expresamente ceder (entre ellos, los derechos morales de autor o los derechos laborales y prestacionales que la Constitución Política y la ley califican como “irrenunciables”).

También es relevante comentar que la cesión de créditos puede darse en forma directa, es decir, cuando los derechos crediticios son el objeto directo de la cesión, o indirectamente, esto es, como consecuencia de ciertos actos (ejemplo: el pago con subrogación) que, en ocasiones, entrañan la transferencia o enajenación de otros bienes (corporales o incorporales) de los cuales forman parte los referidos créditos, tal como ocurre con la enajenación de los establecimientos de comercio, la cesión **de los contratos**, la fusión, la escisión y la liquidación de las sociedades, la sucesión por causa de muerte o la negociación o transferencia de títulos valores, entre otros. El Código Civil, en las normas citadas, se ocupa de regular la primera forma de cesión, pues la transferencia indirecta de las acreencias, se encuentra regulada en disposiciones especiales.

Ahora bien, en punto a la cesión de créditos propiamente dicha, el Código Civil regula por separado los efectos jurídicos de dicho acto **entre las partes involucradas** directamente (**cedente y cesionario**), y **frente al deudor cedido y los terceros**.

En cuanto al primer grupo de efectos, el artículo 1959 del Código Civil, subrogado por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, estatuye:

*“Artículo 1959. La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento”.* (Negritas añadidas).

Advierte la Sala que la norma transcrita utiliza la palabra “título” en dos acepciones diferentes: En la primera línea, se refiere al **título jurídico** en virtud del cual se transfiere el derecho, es decir, al acto que precede o justifica la cesión, como una compraventa, una donación, una permuta, un aporte en sociedad etc. Desde este punto de vista, se infiere que la cesión de créditos puede hacerse a diferentes títulos, es decir, en virtud de diferentes contratos o actos jurídicos precedentes, y puede tener también finalidades distintas. Y en la segunda línea, el artículo 1959 se refiere al “título” como el **documento** en donde consta el derecho personal que se cede, lo cual puede confirmarse fácilmente con la segunda parte de la norma, cuando dice que si el crédito “no consta en documento”, el cedente puede otorgar uno al cesionario.

Con todo, es pertinente resaltar que, entre cedente y cesionario, exclusivamente, los efectos jurídicos de la cesión se producen con la simple entrega, por parte del cedente al cesionario, del “título” o documento en donde conste el derecho o los derechos que se transfieren. Desde luego que el efecto principal de dicho acto consiste en la transferencia o enajenación de la propiedad sobre los créditos, que dejan de estar en el patrimonio del cedente e ingresan al patrimonio del cesionario.

Lo anterior ocurre, incluso, sin el conocimiento del deudor cedido, caso en el cual el cedente sigue actuando como acreedor, para todos los efectos distintos de su relación jurídico-patrimonial con el cesionario. En esa medida, los pagos que realice el deudor al cedente continúan siendo válidos y eficaces para liberarlo de su obligación, solo que el dinero, los bienes o, en general, los beneficios percibidos por el acreedor-cedente se entienden recibidos **por cuenta del cesionario** y están sujetos, en consecuencia, al tratamiento que las partes hayan estipulado en el acuerdo de cesión, sin que ello involucre o afecte en nada al deudor cedido ni a los terceros.

Para que la cesión tenga efectos jurídicos frente al deudor y a los terceros, en general, la ley ha establecido unos requisitos adicionales que buscan, en general, dotar de cierta publicidad y, por lo tanto, seguridad jurídica, a la transferencia de los derechos. En esa medida, los artículos 1960 a 1962 del Código Civil preceptúan:

*“Artículo 1960. La cesión **no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este.** (Destaca la Sala).*

*Artículo 1961. La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.*

*Artículo 1962. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.”*

El artículo 1963 *ibidem* establece nítidamente la separación que atrás se mencionó, entre los efectos de la cesión de créditos para las partes (cedente y cesionario) y los efectos para el deudor y los terceros. En este sentido, estatuye:

*“Artículo 1963. **No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros.”** (Se resalta).*

Nótese, entonces, que la cesión de créditos puede existir y ser válida entre el cedente y el cesionario, inicialmente, si reúne los requisitos exigidos en el artículo 1959 del Código Civil, y solo después, producir efectos frente al deudor y terceros, cuando se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 1960 del mismo código, o puede ocurrir también que nunca produzca efectos frente a tales personas, si no es notificada jamás al deudor ni aceptada por este.

Es importante recalcar que la notificación de la cesión al deudor, o la aceptación por parte de este, no solamente hace que la cesión de créditos produzca efectos jurídicos para él, sino también **para todos los terceros**, incluyendo a los acreedores del cedente y a los acreedores del cesionario, pero sin limitarse a estos. Por tal razón, una vez generados dichos efectos, los acreedores del cedente no pueden embargar ya los créditos que antes

se encontraban en su patrimonio y, por el contrario, los acreedores del cesionario pueden embargar tales derechos, pues ahora le pertenecen. Del mismo modo, una vez notificada o aceptada la cesión, el cedente no puede transferir ni gravar (mediante prenda, fiducia en garantía o de otra forma) los mismos derechos crediticios a ninguna otra persona, porque ya no tiene la propiedad sobre los mismos, y tales actos jurídicos, entre otros, pueden ser celebrados por el cesionario, a menos que convencionalmente se le haya impuesto alguna restricción o prohibición para ello.

Debe reiterarse que los derechos personales o créditos son bienes o cosas incorpóreas, por lo cual forman parte del patrimonio de una persona, junto con los demás bienes o activos (y las deudas o pasivos), e integran la “*prenda general de los acreedores*” a que se refiere el artículo 2488 del Código Civil. En consecuencia, los derechos crediticios, como bienes incorpóreos que son, pueden ser perseguidos y embargados por los acreedores de su titular o dueño, a menos que la ley los califique como inembargables<sup>657</sup>.

Esta es la razón por la que el artículo 1963 del Código Civil dispone que “*no interviniendo la notificación o la aceptación sobredichas podrá... embargarse el crédito por acreedores del cedente*” (resaltamos), lo cual significa, “*contrario sensu*”, que una vez notificada al deudor la cesión del crédito o aceptada por este, el respectivo derecho personal no puede ser embargado ya por los acreedores del cedente, pues a partir de ese momento, la transferencia del crédito es oponible a dichos acreedores y a cualquier otro tercero. En el mismo sentido disponen las normas procesales, en cuanto atañe al embargo de los créditos o derechos personales. Así, el artículo 681, numeral 4º del derogado Código de Procedimiento Civil estatúa:

“*Artículo 681 (modificado por el artículo 67 de la Ley 794 de 2003<sup>658</sup>). Embargos. Para efectuar los embargos se procederá así: (...)*

4. *El de un crédito u otro derecho semejante, se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que debe hacer el pago a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho.*

*Al recibir el deudor la notificación, o dentro de los tres días siguientes, deberá informar bajo juramento que se considerará prestado con su firma, acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquella, so pena de responder por el correspondiente pago y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.(...).” (Se destaca).*

657 Código Civil, artículo 2488: “*Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.*”

658 “*Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones.*”

Y en el mismo sentido, el artículo 593, numeral 4º, del Código General del Proceso (CGP) dispone en la actualidad:

*“Artículo 593. Embargos. Para efectuar embargos se procederá así:(...)”*

4. ***El de un crédito u otro derecho semejante se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que para hacer el pago deberá constituir certificado de depósito a órdenes del juzgado. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho.***

*Al recibir el deudor la notificación deberá informar acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado **y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquella**, so pena de responder por el correspondiente pago, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.*

*La notificación al deudor interrumpe el término para la prescripción del crédito, y si aquel no lo paga oportunamente, el juez designará secuestre quien podrá adelantar proceso judicial para tal efecto. Si fuere hallado el título del crédito, se entregará al secuestre; en caso contrario, se le expedirán las copias que solicite para que inicie el proceso.*

*El embargo del crédito de percepción sucesiva comprende los vencimientos posteriores a la fecha en que se decretó y los anteriores que no hubieren sido cancelados. (...)”*  
(Resaltamos).

Como puede verse, las normas de procedimiento vigentes antes y después de la expedición de la Ley 1564 de 2012 (CGP), han preceptuado que si bien las acreencias o derechos personales son activos que pueden ser objeto de embargo, tal medida cautelar no procede contra el cedente, cuando los créditos respectivos han sido cedidos previamente, a partir del momento en que se ha notificado la cesión al deudor o ha sido aceptada por este, siguiendo en esta materia lo dispuesto por las reglas generales del Código Civil sobre la cesión de créditos.

Ahora bien, el artículo 1964 del Código Civil consagra otra regla de particular importancia para responder las preguntas formuladas en esta consulta, que se refiere a la transferencia de los derechos accesorios a un crédito, así:

*“Artículo 1964. La cesión de un crédito **comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas**; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”.* (Negritas fuera del texto).

Como se aprecia, la norma transcrita, inspirada en el principio de que *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*, dispone que la cesión de un crédito o derecho personal transfiere también las fianzas, privilegios e hipotecas que garantizan o acompañan dicha acreencia, aunque las partes no hayan incluido o mencionado expresamente tales accesorios.

Se entiende, entonces, que la transferencia de los derechos accesorios opera automáticamente y en virtud de la ley (“*ipso iure*”), como consecuencia de la cesión del derecho principal.

La pregunta que debe resolver la Sala, en este punto, es si esta disposición regula exclusivamente la cesión de las fianzas, hipotecas y privilegios que acompañen un derecho principal, como se desprende, a primera vista, de su tenor literal, o si debe entenderse referida, en general, a la transferencia de cualquier derecho accesorio a un crédito o derecho personal. En particular, importa determinar si la cesión del derecho a percibir una suma de dinero comporta también la transferencia del derecho a percibir los intereses remuneratorios o moratorios que el respectivo capital deba generar, conforme a la ley o a un acto jurídico.

Para la Sala, la disposición citada no puede interpretarse desde un punto de vista exclusivamente literal y restrictivo, como referida solamente a los derechos accesorios que dicho artículo menciona en forma expresa, sino que debe entenderse, desde un punto de vista sistemático y finalista, como un desarrollo del principio de que “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”.

En esa medida, debe entenderse que el listado de derechos accesorios que consagra la norma (“*fianzas, privilegios e hipotecas*”) no es taxativo, sino enunciativo o ilustrativo; es decir, que tiene el propósito de indicar, con algunos ejemplos, la clase de derechos que, por ser accesorios, se entienden transferidos con la cesión del crédito o derecho personal principal. Si no fuera así, incluso cauciones como la prenda, que regula el mismo Código Civil y que tiene esencialmente la misma naturaleza de la hipoteca, quedarían por fuera de la regla contenida en el artículo 1964, por lo cual tendrían que ser cedidas en forma independiente y adicional a la transferencia del derecho que garantizan. Lo mismo ocurriría con otras garantías reales o personales que el Código Civil no tipifica, pero que han sido reguladas posteriormente por la ley, como la fiducia en garantía.

Así lo ha explicado la jurisprudencia y la doctrina. Por ejemplo, el tratadista Fernando Hinestrosa señala que “*la cesión, como negocio autónomo, que versa sobre el crédito y, por lo mismo, comporta lo que a él accede, entre lo cual van las cauciones (art. 1964 c.c.), tanto personales como reales*<sup>659</sup>, tiene... un trámite...” (Se resalta); y más adelante sostiene: “*El traspaso, naturalmente, ‘comprende las fianzas, privilegios e hipotecas’; y globalmente, todas las ventajas y garantías del crédito cedido: opera una transferencia ipso iure de las garantías*”<sup>660</sup>.

Para determinar, puntualmente, si el derecho a percibir intereses derivado de una obligación dineraria debe entenderse transferido con la cesión del derecho principal a recibir el capital, es necesario detenerse un poco en la naturaleza jurídica de los intereses, con el fin de determinar si estos constituyen un derecho accesorio, caso en el cual se

659 “[124] [P]erfeccionada la cesión de un crédito personal ella lleva ipso iure el traspaso de la hipoteca u otro derecho real accesorio a aquel crédito”: cas. de 15 de junio de 1892, VII, 261”.

660 Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, volumen I, 3ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 448 y 449.

consideraría cedido con el traspaso del derecho principal, o si se trata, por el contrario, de un derecho principal y autónomo.

A este respecto, vale la pena citar, en primer lugar, lo previsto en los artículos 717 y 713 del Código Civil, sobre los conceptos de “frutos” y de accesión, como forma de adquirir la propiedad de los mismos:

*“Artículo 717. Se llaman **frutos civiles** los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, **y los intereses de capitales exigibles**, o impuestos a fondo perdido. Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran”.*

*“Artículo 713. La accesión es un modo de adquirir por el cual **el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce** o de lo que se junta a ella. **Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles**”.* (Resalta la Sala).

La combinación de estas dos normas permite inferir, claramente, que como el derecho a recibir una suma de dinero (capital) que debe ser pagada por otra persona, es un bien o cosa incorporal, el propietario de ese derecho lo es también, en virtud de la accesión, de los intereses que dicho capital haya producido y produzca en el futuro. Por la misma razón, la cesión o enajenación de ese crédito o derecho personal conlleva la transferencia del derecho a cobrar y percibir los intereses, a menos que se pacte expresamente lo contrario, es decir, que el cedente se reserve o retenga explícitamente la propiedad sobre tales réditos. Si lo anterior es así desde el punto de vista de los bienes, desde la perspectiva de las obligaciones se llega a la misma conclusión.

En primer lugar, y dado que el contrato de obra celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles tiene naturaleza comercial<sup>661</sup> (además de ser un contrato estatal), es pertinente mencionar lo previsto en el artículo 65 de la Ley 45 de 1990<sup>662</sup>:

*“Artículo 65. Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. **En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella**. Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación”.*

La norma transcrita corresponde a la aplicación, en el campo mercantil, de la regla general que contiene el artículo 1617 del Código Civil, en relación con la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de obligaciones monetarias, así:

*“Artículo 1617. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, **la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes**:*

661 El artículo 20 del Código de Comercio dispone que “son mercantiles para todos los efectos legales”, “las empresas de obras y construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones” (numeral 15), entre otras. Asimismo, el artículo 22 ibídem estatuye que “si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.

662 “Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones”.

- 1ª) *Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, **o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.** El interés legal se fija en seis por ciento anual.*
- 2ª) ***El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.***
- 3ª) *Los intereses atrasados no producen interés.*
- 4ª) *La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas” (Negrillas ajenas al texto).*

Y en armonía con lo anterior, el artículo 1649 ejúsdem, que se refiere a la forma como debe hacerse el pago de una obligación, dispone:

*“Artículo 1649. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.*

***El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.*** (Resaltamos).

De todas las normas transcritas se concluye claramente que los intereses constituyen una obligación accesoria a una obligación principal, cuyo objeto consiste en el pago de cierta suma de dinero (capital) que una determinada persona (deudor) debe hacer a favor de otra (acreedor). Por lo tanto, el pago íntegro o completo de tal obligación incorpora, de suyo, el pago de los intereses que se causen, ya sea remuneratorios o de plazo, o bien moratorios o de mora; y por lo mismo, la cesión del crédito, acreencia o derecho personal correlativo involucra, en virtud de la ley, la transferencia del derecho a percibir los respectivos intereses, a menos que se pacte expresamente lo contrario.

En este sentido, el tratadista Hinestrosa, refiriéndose a los casos en que un crédito es cedido **parcialmente**, es decir, cuando el acreedor transfiere una parte del derecho a una persona y se reserva otra para sí, o transfiere una parte de la acreencia a una persona, y otra, a alguien más, explica lo siguiente<sup>663</sup>:

*“Esa igualdad o paridad de tratamiento que merecen y han de tener cedente y cesionario parciales, es especialmente sensible **cuando el fraccionamiento del crédito consiste en separar capital e intereses, sea que el acreedor transfiera únicamente el derecho a los intereses que hayan de devengarse, sea que transfiera el capital y se reserve el derecho a los intereses***<sup>664</sup>. Y esa sensibilidad y los problemas y riesgos anejos derivan **de la consideración de los intereses como accesorio del capital, dentro de un concepto**

663 Ob. citada, p. 447.

664 “[119] Así en cas. de 24 de febrero de 1975, CLI, 49, donde se tratan las cuestiones que vienen enunciadas seguidamente en el texto”.

*bastante amplio de obligación accesoria, como aquella que ‘presupone la existencia de otra a cuya suerte está ligada’...*” (Negrillas añadidas).

Todo lo explicado permite concluir con certeza que la cesión del derecho personal a recibir una determinada suma de dinero (capital), involucra o conlleva el derecho accesorio a percibir los intereses que dicho capital genere, ya sea en virtud de la ley o bien por un acuerdo de voluntades, a menos que se haya pactado expresamente lo contrario entre cedente y cesionario, como sucede cuando el cedente se reserva o conserva para sí el derecho al principal o a los intereses, o cuando transfiere el derecho al capital a una persona y el derecho a percibir los réditos, a otra.

Finalmente, y dado que tanto la consulta como los documentos de cesión enviados como anexos, se refieren a la cesión de los “derechos económicos” derivados del contrato de obra N° 2070329, vale la pena hacer un breve comentario sobre el significado probable de dicha expresión.

Ni el Código Civil ni el de Comercio, ni otra ley que conozca la Sala, definen lo que debe entenderse por “derechos económicos”, lo que permite descartar, de entrada, que se trate de una categoría precisa y unívoca de origen legal. Sin embargo, teniendo en cuenta que el término “económico” tiene, en nuestro idioma, entre otras acepciones, la de “perteneciente o relativo a la economía”<sup>665</sup>, y esta última voz significa, entre otros sentidos, el “conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo”<sup>666</sup>, puede inferirse que la expresión “derechos económicos” alude a los derechos que son cuantificables económica o monetariamente y que, por lo tanto, forman parte del patrimonio de una persona. Esta categoría de créditos no se refiere exclusivamente al derecho a percibir una suma o cantidad de dinero (en cualquier moneda), sino que incluye, en general, el derecho a exigir de otra persona una determinada prestación, de dar, hacer o no hacer, que sea susceptible de ser valorada o estimada pecuniariamente.

Ergo, solamente quedarían por fuera de la citada expresión, los derechos personales que no puedan cuantificarse monetariamente, como los derechos fundamentales de origen constitucional y otros derechos personalísimos que corresponden, en general, a los que no pueden ser objeto de cesión.

De allí se deriva que el calificativo “económicos”, añadido a la palabra “derechos” o “créditos”, no agregue, en realidad, algo que resulte sustancial o necesario al término “derechos personales” o “créditos”, que la ley, como se ha visto, sí define y regula con claridad, incluyendo su cesión (que autoriza, como regla general).

## **1. La cesión de los derechos litigiosos**

Dentro del mismo título XXV (“De la cesión de derechos”), pero en un capítulo aparte, el Código Civil regula la cesión de los derechos litigiosos (capítulo III). A tal efecto, el artículo

665 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

666 Ídem.

1969 tipifica dicha cesión, definiendo, en el fondo, lo que debe entenderse por “derechos litigiosos”:

**“Artículo 1969. Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente.**

*Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda”.* (Resaltamos).

La norma transcrita establece con precisión la diferencia que existe entre la cesión de créditos o derechos personales y la cesión de “derechos litigiosos”, al disponer que en esta última lo que se cede, más que un derecho, es “*el evento incierto de la litis*”, es decir, el azar o alea involucrado en el proceso judicial. En esa medida, la cesión de derechos litigiosos debe catalogarse como un contrato aleatorio, a diferencia de la cesión de créditos, que es un contrato conmutativo<sup>667</sup>.

Por esta misma razón, la disposición citada establece que el cedente no se hace responsable de lo que cede, es decir, del “*objeto incierto de la litis*”, a diferencia de la cesión de derechos personales, en la que el cedente de “*un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello...*”, conforme lo regula el artículo 1965 del Código Civil.

De otro lado, vale la pena recordar que la cesión de derechos litigiosos, para que sea reconocida en el proceso judicial en el que se disputen los derechos respectivos, debe ser informada al respectivo juez en la oportunidad y con el trámite que establecen las normas de procedimiento, de tal manera que dicho juez tenga al cesionario como nuevo demandante o nuevo demandado o, en fin, como parte o interviniente en el proceso, en compañía del cedente o en su reemplazo, según el caso. Así, por ejemplo, el artículo 68 del CGP (Ley 1564 de 2012) dispone:

*“Artículo 68. Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.*

*Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.*

**El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.**

<sup>667</sup> El artículo 1498 del Código Civil define los contratos conmutativos y los aleatorios así:

*“Artículo 1498. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.* (Se destaca).

*Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente”.*

El trámite indicado le permite al cesionario actuar en el proceso judicial respectivo, ya sea como litisconsorte o bien como sustituto (o sucesor) del demandante, en procura o en defensa del derecho litigioso que haya adquirido; pero su reconocimiento y su participación en el proceso es independiente de la existencia y validez de la cesión del derecho litigioso, desde el punto de vista sustancial. Por esta razón, el artículo 1970 del Código Civil preceptúa:

**“Artículo 1970. Es indiferente que la cesión haya sido a título de venta o de permutación, y que sea el cedente o cesionario el que persigue el derecho”.** (Se resalta).

Obviamente, el reconocimiento de la cesión de derechos litigiosos en el proceso judicial, no solamente faculta al cesionario para perseguir o defender por sí mismo el derecho disputado, sin depender exclusivamente de la actuación que lleve a cabo el cedente (parte en el proceso), sino que, en el evento de obtener una sentencia favorable, le permite reclamar directamente y con mayor facilidad el cumplimiento de la providencia. Sin embargo, el hecho de que el cesionario no haga valer su derecho litigioso dentro del trámite del proceso, no le hace perder su derecho ni le impide reclamar a su favor el pago de la condena que se haya impuesto, tal como lo explica el tratadista César Gómez Estrada<sup>668</sup>:

### **“153. Efectos procesales de la cesión.**

(...)

*“Puede ocurrir que el cesionario se abstenga de intervenir en el proceso y que en este continúe figurando y obrando, como venía haciéndolo, el cedente. **Esa ocurrencia carece de toda importancia, ninguna consecuencia produce en relación con la cesión misma.*** (...)

*Por otra parte, **si el cesionario no interviene la sentencia será dictada respecto del cedente, quien en el caso de serle aquella favorable, quedará figurando como titular del derecho disputado, no obstante ser el cesionario su verdadero titular.** Pues bien, al igual que lo que se hizo ver atrás para caso similar que puede presentarse en materia de cesión del derecho de herencia, **si el cesionario no obtiene que espontáneamente el cedente descubra la realidad y lo declare verdadero beneficiario de lo reconocido en el fallo, tendrá que recurrir a la jurisdicción para obtener de esta que por sentencia se haga aquel reconocimiento,** previa demostración, claro está, de que se celebró el contrato de cesión de los derechos litigiosos respectivos”.* (Negrillas en el original, subrayas añadidas).

Por último, merece la pena recordar que en la cesión de derechos litigiosos, *“el deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que este haya dado por el derecho*

668 Gómez Estrada, César. *De los principales contratos civiles*, 2ª edición, página 194. Bogotá, Librería Temis, 1987.

*cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor”* (derecho o beneficio de retracto), siempre que no haga uso de tal beneficio “*después de transcurridos nueve días de la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia*”, como lo establecen los artículos 1971 y 1972 del Código Civil.

Ahora bien, en la consulta se pregunta si los derechos litigiosos pueden entenderse transferidos dentro de la cesión de todos o parte de los derechos económicos derivados de un contrato. De acuerdo con el principio de que “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, la respuesta a este interrogante debe ser afirmativa, en la medida en que la cesión de un derecho personal lleva consigo el traspaso de “*la acción*” (o pretensión procesal) necesaria para reclamarlo o defenderlo en juicio, siempre que los respectivos derechos litigiosos se refieran directa y exclusivamente a los créditos cedidos, es decir, que el objeto de la controversia o el litigio tenga que ver directamente con los derechos personales o las acreencias cedidas (porque se discuta, por ejemplo, su existencia, su validez, su cuantía, su cumplimiento, etc.).

A esta hipótesis alude genéricamente el inciso segundo del artículo 1971, antes citado, cuando preceptúa:

*“Se exceptúa de la disposición de este artículo [del beneficio de retracto] las cesiones enteramente gratuitas; las que se hagan por el ministerio de la justicia, y las que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o acción”.* (Subraya añadida).

La disposición transcrita, en la parte resaltada, se refiere a la distinción que existe entre cosa litigiosa y derecho litigioso, que el tratadista Gómez Estrada explica en los siguientes términos<sup>669</sup>:

**“148. Derecho litigioso y cosa litigiosa.** *Conviene empezar por hacer la distinción entre los conceptos de derecho litigioso y de cosa litigiosa, tan propensos a confusión. De conformidad con el art. 1969 del C. C., por derecho litigioso se entiende la eventualidad de ganar o perder una litis, es decir, una controversia entre dos partes en torno a la existencia o inexistencia de una determinada relación o situación jurídica de derecho sustancial, sometida a decisión judicial. Esa expectativa incierta de ganar o perder el litigio, pues, se considera como un bien jurídico autónomo e independiente del derecho disputado, existente por el solo hecho de existir el proceso, y por lo mismo destinado a extinguirse con la extinción o terminación de este.*

**Por cosa litigiosa, en cambio, se entiende aquel bien que se disputan dos o más personas en un proceso, y cuya existencia, sea como realidad o como mera pretensión, se da independientemente del proceso, pues es anterior a este, y, todavía más, es el que da ocasión a que nazca el proceso, y con él el derecho litigioso”.** (Resaltamos).

<sup>669</sup> Gómez Estrada, César, ob. citada, p. 189 y 190.

Como se aprecia, aunque la “cosa litigiosa” y el “derecho litigioso” son conceptos distintos, que pueden ser objeto de enajenación en forma separada, mediante diversos actos jurídicos, la transferencia de la cosa litigiosa lleva consigo la cesión del respectivo derecho litigioso, en tanto que este constituye, en dicho caso, un accesorio de la “cosa litigiosa”, sea esta un bien corporal o un bien incorporal o derecho.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que como la cesión de derechos litigiosos recae directamente sobre “*el evento incierto de la litis*”, dicha incertidumbre desaparece cuando el proceso judicial termina con una sentencia o laudo arbitral que haga tránsito a **cosa juzgada**, pues de allí en adelante no existe alea o azar alguno, sino una obligación o un conjunto de obligaciones ciertas y definidas, que el deudor, es decir, quien haya resultado condenado, debe cumplir en favor del acreedor (quien haya resultado vencedor) y cuya naturaleza depende de la que le haya asignado el juez o árbitro y, en todo caso, del contenido de la respectiva sentencia o laudo.

Lo anterior es independiente de la procedencia o improcedencia de recursos extraordinarios contra dichas providencias, pues tales recursos no desvirtúan ni enervan el carácter de cosa juzgada que la ley le atribuye a la sentencia o al laudo arbitral. Por supuesto que la contingencia o incertidumbre derivada de la interposición, trámite y resolución del recurso extraordinario podría ser objeto, en sí misma, de una cesión de derechos litigiosos, pero esta sería posterior e independiente, tanto al litigio que haya dado origen a la sentencia o laudo impugnados, como a los derechos ciertos que se hayan reconocido o declarado en tales decisiones.

## **E. Análisis del caso concreto**

A la luz de las explicaciones y consideraciones anteriores, así como de la información y documentación aportadas por el Departamento Nacional de Planeación y Fonade, la Sala procederá a analizar los hechos planteados en los antecedentes, para dar respuesta a las preguntas formuladas por el Director General de aquella entidad. Para el efecto, y dado que existen, como se indicó, tres actos de cesión que se refieren, total o parcialmente, a los derechos económicos derivados del mismo contrato, es necesario, en primer lugar, esclarecer el alcance y la vigencia de cada uno de ellos:

### **1. Alcance y vigencia de los actos de cesión de créditos derivados del contrato de obra N° 2070329**

#### **a. Contrato de cesión de los derechos económicos suscrito el 16 de octubre de 2007**

La primera cesión que se realizó de los derechos o créditos derivados del contrato de obra N° 2070329, celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, fue la contenida en el documento del 16 de octubre de 2007, suscrito entre dicho consorcio, como cedente, y el Banco de Crédito Helm Financial Services, como cesionario.

Como se explicó en el acápite B. de este concepto, aunque la cláusula primera de dicho acuerdo (objeto) se refiere puntualmente a “*las sumas de dinero correspondientes al valor que como retribución del **CONTRATO** deba pagar [Fonade] al **CEDENTE***”, el análisis sistemático de sus cláusulas y de sus antecedentes, expresados en las consideraciones del respectivo documento, permite concluir que la cesión allí contenida recae verdaderamente sobre todos los “*derechos económicos*” derivados del contrato de obra para el contratista.

Por otra parte, como también se enunció, este contrato de cesión de derechos, si bien tuvo por causa inmediata el otorgamiento de un préstamo por cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) a las compañías integrantes del consorcio, por parte del Banco de Crédito, y tenía como finalidad principal garantizar la devolución de dicha suma de dinero, con sus intereses y accesorios, la cesión no fue limitada por las partes a ese monto, pues no se estipuló así en ninguna de las cláusulas del acuerdo. Por el contrario, se expresó que dicha cesión se hacía para garantizar y servir como fuente de pago de “*las obligaciones que tenga o llegare a tener **CONSORCIO CMS –CÁRCELES** a favor del **BANCO y/o FILIALES Y/O SUBSIDIARIAS...***”.

Del mismo modo, la vigencia de la cesión tampoco fue limitada a un determinado plazo o al pago de la obligación principal que aparentemente garantizaba (el mutuo por \$5.000.000.000). En esa medida, las partes estipularon, en la cláusula cuarta, numeral 3º, del acuerdo que nos ocupa, que “*la presente cesión permanecerá vigente hasta el pago de la totalidad de los créditos a cargo del CEDENTE, incluyendo sus modificaciones, reestructuraciones, novaciones, prórrogas y solo se entenderá extinguida, una vez que **EL BANCO y EL CEDENTE acuerden por escrito su terminación y notifiquen de ello a EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE)***” (resaltamos).

Se trataba, en consecuencia, de una cesión total o integral, es decir, que comprendía la totalidad de los derechos o créditos cesibles en cabeza del contratista (cedente), tanto los causados hasta ese momento como los que se originaran en el futuro por la ejecución del mismo contrato; de cuantía indeterminada, y de duración indefinida (siempre que los derechos respectivos subsistieran).

Sin embargo, recuerda la Sala que en el contrato de obra se condicionó expresamente la eficacia de la cesión de los derechos derivados de dicha convención, al hecho de que la misma fuera autorizada previa y expresamente por Fonade (cláusula vigésima, parágrafo).

Aclara la Sala que aunque la cesión de los derechos personales no requiere autorización ni aceptación del deudor cedido, por ser el objeto de la transferencia la parte activa de la obligación y no la parte pasiva o deuda (para la cual el patrimonio del deudor es determinante), razón por la cual la ley exige apenas la notificación al deudor<sup>670</sup>, las partes de una determinada obligación, esto es, acreedor y deudor, pueden prohibir, limitar o condicionar de común acuerdo la cesión del crédito, pues ninguno de tales pactos está

670 Recuérdese que el artículo 1961 del Código Civil exige la notificación del deudor o la aceptación de este, para que la cesión produzca efectos frente al deudor y a los terceros. Por lo tanto, lo mínimo que exige la ley para que dichos efectos se produzcan es la notificación al deudor.

prohibido por la ley, ni resulta, en principio, contrario a la moral o a las buenas costumbres, y mira, en general, al interés exclusivo del acreedor.

En esa medida, lo pactado entre Fonade y los integrantes del Consorcio CMS Cárceles, en el contrato de obra 2070329, debía respetarse en la cesión que nos ocupa y en cualquier otra transferencia de los derechos derivados del mismo contrato, salvo en aquellas cesiones o subrogaciones que operen en virtud de la ley.

Los documentos remitidos a la Sala no dan cuenta de que la cesión de derechos celebrada entre las sociedades mencionadas y el Banco de la Crédito Helm Financial Services haya sido autorizada previamente por Fonade, y en las consideraciones de este negocio jurídico tampoco se menciona tal autorización. Vale la pena recordar que el contrato de cesión se celebró el 16 de octubre de 2007, mientras que la aceptación de Fonade se dio el 6 de noviembre del mismo año, es decir, después.

Sin embargo, lo expresado no sería suficiente para concluir que dicha cesión sea inexistente, inválida o ineficaz con respecto a las partes o a Fonade, en virtud de la figura jurídica de la *ratificación*, que se encuentra prevista en los artículos 844 y 898 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

*“Artículo 844. **La ratificación del interesado**, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, **tendrá efecto retroactivo**, salvo en cuanto lesione derechos de terceros. (...)*

*“Artículo 898. **La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación**, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.*

*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.*

Vale la pena aclarar que la primera norma transcrita se refiere a los actos jurídicos que una persona celebra en nombre de otra, sin tener poder o facultad suficiente para representarla, al paso que la segunda se aplica a la celebración de un acto jurídico sin el cumplimiento de las solemnidades exigidas para su perfeccionamiento (formalidades “*ad substantian actus*”), o sin alguno de los requisitos esenciales para su existencia.

Ahora bien, estas disposiciones son aplicables al negocio jurídico que nos ocupa, pues, como atrás se explicó, tanto el contrato de obra celebrado por Fonade como la cesión de los créditos o derechos personales derivados del mismo, se rigen por las normas del derecho privado, y dentro de este, en primer lugar, por las disposiciones del Código de Comercio, al tener tales actos naturaleza mercantil.

De lo anterior resulta que aunque la autorización dada por Fonade a esta primera cesión no haya sido previa, sino posterior a su celebración, tal aceptación ulterior significó la ratificación del acuerdo de cesión, que no solamente convalidó de esta forma su existencia, sino que, de paso, permitió cumplir con uno de los requisitos alternativos exigidos por el artículo 1961 del Código Civil para que la cesión produzca efectos frente al deudor y terceros.

Es importante aclarar que, según la información suministrada por Fonade, entre la celebración del acuerdo de cesión y su aceptación posterior (ratificación), no se recibió ninguna medida de embargo ni se efectuó otra cesión, lo que permite presumir que dicha ratificación no lesionó derechos de terceros de buena fe. Si hubiera sido de otra forma, es decir que, por ejemplo, se hubiese recibido una medida cautelar en ese lapso intermedio, resultaría claro que los respectivos créditos deberían de haberse embargado, hasta el monto de la respectiva medida, no solo en virtud de lo dispuesto en el artículo 898 del Código de Comercio, antes citado, sino también porque antes de la notificación de la cesión al deudor o de que este la acepte expresa o tácitamente, la transferencia de los créditos no produce efectos para los terceros, incluyendo en estos, como se explicó, a los acreedores del cedente.

Un segundo aspecto que podría resultar discutible consiste en que la aceptación de la cesión la haya dado, por parte de Fonade, la Asesora Jurídica de dicha entidad, de quien no está demostrado que fuera representante legal o apoderada de Fonade en aquel tiempo y para tales fines, a pesar de que la referida empleada pública tenía, entre sus funciones, las de “asesorar y coordinar lo relacionado con la actividad contractual de la empresa, de acuerdo con las delegaciones que para el efecto confiera el Gerente General”, y “representar judicial y extrajudicialmente a la Empresa en los procesos que se instaren en su contra o que esta deba promover de conformidad con los poderes que para tal efecto otorgue la Gerente General o en virtud de delegación”, conforme a la certificación expedida el 17 de mayo de 2017 por la Gerente de Unidad del Área de Talento Humano de Fonade.

Sin embargo, a juicio de la Sala, este escollo también se entendería superado con las normas del Código Civil que regulan los efectos de la cesión de créditos, así como con las disposiciones del Código de Comercio que se refieren a las instituciones de la “representación aparente” y la “ratificación”.

En efecto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el Código Civil no exige requisito o formalidad alguna para que el deudor acepte la cesión del crédito que haga el acreedor a un tercero, al punto que dicha aceptación puede darse, inclusive, de forma tácita, tal como lo estatuye el artículo 1962:

*“Artículo 1962. La aceptación **consistirá en un hecho que la suponga**, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.” (Resaltamos).*

Si la aceptación de la cesión puede ser tácita, como se observa, menos aún cabría exigir formalidades, palabras sacramentales u otros requisitos a la aceptación que se haga de

forma expresa, siempre que resulte suficientemente clara y entendible la voluntad del deudor de aceptar la transferencia del crédito a un tercero.

Con todo, podría objetarse que, en tratándose de una persona jurídica (pública o privada), la aceptación expresa solo puede ser dada por un funcionario que esté facultado suficientemente para representarla. Sin embargo, a este respecto, vale la pena recordar lo que dispone el artículo 842 del Código de Comercio, que consagra la figura de la “representación aparente”:

*“Artículo 842. Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”.*

Por lo tanto, aunque la Asesora Jurídica de Fonade no tuviera en ese momento facultad para representar a dicha entidad, ya sea legal o convencionalmente (mediante poder), podía obligar a Fonade, en la medida en que los directivos de dicha entidad hubieran dado lugar a pensar a terceros de buena fe exenta de culpa, con sus conductas u omisiones, que la citada funcionaria estaba autorizada para actuar en nombre de Fonade, en este caso, para aceptar o autorizar la referida cesión de los derechos económicos derivados del contrato.

Y en todo caso, esta aceptación vino a ser ratificada posteriormente, con la comunicación N° 20115000157561 del 14 de julio de 2011, mediante la cual la Subgerente de Contratación de Fonade, encargada de las funciones de la Gerencia General y, por lo tanto, representante legal de dicha entidad<sup>671</sup>, aceptó expresamente la “cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos”, celebrada entre el HELM BANK S. A. (antes, Banco de Crédito Helm Financial Services) y Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., mediante la cual se cedió a esta última sociedad la posición contractual que, como cesionario de los derechos crediticios, tenía el citado banco en el contrato de cesión del 16 de octubre de 2007. En efecto, nótese que, al aceptar el acuerdo de cesión de la “posición contractual” entre el Helm Bank S. A. y Pine Com, Fonade, por intermedio de su representante legal, ratificó también la aceptación que previamente había dado su Asesora Jurídica a la cesión de los derechos económicos derivados del contrato de obra N° 2070329, entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services.

Debe aclararse que con base en el contrato de cesión de los derechos económicos suscrito el 16 de octubre de 2007, no se hizo pago alguno al Banco de Crédito Helm Financial Services (luego, HELM BANK S. A.), según la información reportada por Fonade, ni se dejó de atender embargo alguno que hubiese sido decretado contra el Consorcio CMS Cárceles o las sociedades que lo conforman, pues en las respuestas a los oficios de embargo, cuyas copias fueron suministradas por Fonade, solamente se hizo alusión a la segunda de las cesiones de crédito efectuadas, es decir, a la contenida en el contrato

671 En el certificado de existencia y representación legal de Fonade, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia el pasado 10 de mayo, figura como representante legal de dicha entidad el Gerente General, y como tercer suplente, el Subgerente de Contratación.

de fiducia mercantil celebrado el 29 de noviembre de 2007, entre las compañías que integraban el consorcio y la fiduciaria Helm Trust S. A.

En consecuencia, aun si se entendiera que la aceptación de la cesión de los derechos económicos del contrato de obra N° 2070329, contenida en el acuerdo del 16 de octubre de 2007, solamente vino a ser ratificada por Fonade el 14 de julio de 2011, con la comunicación antes citada, dicha ratificación produciría efectos retroactivos, desde el 6 de noviembre de 2007 (fecha de la aceptación manifestada por la Asesora Jurídica de Fonade), de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 844 del Código de Comercio.

Ahora bien, aclarado que el contrato inicial de cesión de los derechos económicos fue autorizado por Fonade, según lo exigido en el contrato de obra (cláusula vigésima), aunque en forma posterior (ratificación), no puede pasarse por alto que tal aceptación se dio solo hasta la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000).

Esta limitación fue reiterada en comunicación del 17 de febrero de 2011, enviado por Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. a Fonade, para solicitarle su aceptación al acuerdo de “*cesión de la posición contractual*” en el primigenio contrato de cesión. En efecto, en la citada carta, la Representante Legal de aquella sociedad manifestó:

*“Dando alcance a la comunicación fechada el 11 de febrero de 2011 con radicación No. 2011-430-006909-02, me permito solicitar que las sumas que se generen con ocasión del contrato de obra N° 20070329 sean consignadas a la cuenta corriente No... **hasta por la suma de CINCO MIL MILLONES...**”* (Se destaca).

Así, dado que en el contrato de obra suscrito entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, se estipuló expresamente que “*el contratista podrá ceder parcial o totalmente los derechos económicos del contrato previa autorización expresa de Fonade*”, y tal autorización solo se dio hasta la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), la Sala debe concluir que dicha cesión quedó limitada al monto indicado.

Esta posición, además, parece coincidir con el entendimiento que a dicha cesión le dieron las partes, según el contenido de los documentos que se acaba de citar, y la ejecución real o material dada al mencionado contrato de cesión, pues con fundamento en el mismo solamente se ha hecho, hasta el momento, un pago por valor de \$156.259.056 a Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., según consta en la relación de pagos derivados del contrato, remitida a la Sala por Fonade.

#### **b. Contrato de fiducia mercantil celebrado el 29 de noviembre de 2007. Sus efectos en relación con el acto de cesión anterior**

Ahora bien, tal como se ha indicado, luego de suscribirse el acuerdo de cesión del 16 de octubre de 2007, entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services, las sociedades integrantes de dicho consorcio y la fiduciaria Helm Trust S. A. celebraron un contrato de fiducia mercantil, en virtud del cual las primeras transfirieron a la segunda, entre otros activos, “*la totalidad de los derechos económicos y recursos*

*derivados de las actas de avance de obra...*” del contrato N° 2070329, firmado entre esas sociedades (agrupadas en el consorcio) y Fonade, sin hacer mención alguna al contrato de cesión de derechos inicialmente celebrado.

Lo anterior plantea algunos dilemas que deben ser resueltos por la Sala, a saber: ¿el contrato inicial de cesión de créditos, celebrado entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services, debe entenderse **terminado o modificado** como resultado de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre las compañías que conforman dicho consorcio y la fiduciaria Helm Trust S. A., o ambos contratos coexisten o coexistieron, por lo menos durante un tiempo? En este último caso, ¿qué prelación habría y tendría que respetar Fonade entre los dos cesionarios -Banco de Crédito Helm Financial Services y Helm Trust S. A. para efectos de efectuar el pago de los derechos personales derivados del contrato de obra?

De entrada, la Sala descarta que el contrato inicial de cesión de los derechos económicos pueda entenderse terminado o reformado como efecto de la celebración del contrato de fiducia mercantil, ya que ello sería contrario a varios principios generales y normas en materia de obligaciones.

En efecto, debe partirse de que los dos actos jurídicos mencionados **no fueron celebrados por las mismas partes**. El contrato de cesión inicial fue suscrito entre el “Consorcio CMS Cárceles”, conformado por cuatro (4) sociedades distintas, y el Banco de Crédito Helm Financial Services. El contrato de fiducia, en cambio, fue celebrado entre las mismas sociedades y la fiduciaria Helm Trust S. A., que es una persona jurídica distinta del banco, a pesar de que ambas pertenecen al mismo grupo económico o financiero y que el banco es la matriz de la fiduciaria, como explícitamente se reconoce en el contrato de fiducia mercantil (cláusula quinta).

Inspirado en el principio lógico de que *“las cosas se deshacen como se hacen”* y en el principio de la relatividad de los contratos (*“res inter alios acta...”*), el artículo 1625 del Código Civil dispone que *“toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”*<sup>672</sup>.

Desde luego que los únicos que pueden dejar sin efectos o modificar una obligación son las mismas partes que le dieron nacimiento, por un acuerdo de voluntades, entendiendo por partes las respectivas personas naturales o jurídicas contrayentes o sus sucesores, ya sea por causa de muerte o por acto entre vivos. De tal manera que otras personas distintas, total o parcialmente, en uno o en ambos extremos de la relación, no pueden acordar la extinción ni la modificación de la obligación, así coincidan algunas de ellas.

En el caso que nos ocupa, dado que los consorcios no son personas jurídicas, sino contratos de asociación o colaboración empresarial, la Sala observa que los cedentes en ambos actos de cesión son, en realidad, las mismas personas, es decir, las sociedades

672 Aclara la Sala que la expresión *“darla por nula”* que utiliza la norma citada, debe ser entendida como *“dejarla sin efectos”* o *“extinguirla”*.

que integran el Consorcio CMS Cárceles, que en el contrato de fiducia mercantil se denominan fideicomitentes. Pero **los respectivos cesionarios no son los mismos**, pues en el primer acuerdo es el Banco de Crédito Helm Financial Services (denominado más tarde HELM BANK S. A.), y en el contrato de fiducia, el cesionario es la fiduciaria Helm Trust S. A.

Descartado, por ende, que la celebración del contrato de fiducia mercantil pudiera tener algún efecto jurídico en la vigencia o en el alcance del contrato de cesión de los derechos crediticios suscrito el 16 de octubre de 2007, la celebración del contrato de fiducia pudo haber generado alguna de las siguientes situaciones: (i) una falta de objeto total o parcial en dicho contrato, en la medida en que los derechos que se obligó a transferir el fideicomitente, para constituir el respectivo patrimonio autónomo, no estaban ya en su patrimonio, pues habían sido cedidos previamente al Banco de Crédito, o (ii) un incumplimiento total o parcial del contrato de cesión inicial.

La Sala se inclina por la segunda de las soluciones planteadas, en razón a las siguientes consideraciones:

- (i) El contrato de fiducia mercantil no solo fue celebrado, sino que fue ejecutado por las partes, como se deduce del hecho de que, en vigencia del mismo, se hicieron pagos a Helm Trust S. A., derivados del contrato de obra N° 2070329, por un valor total de \$27.021.279.681, correspondientes a actas de obra ejecutada y sus respectivos reajustes de precios, tal como consta en la información remitida por Fonade. Además, en la actualidad, dicho contrato se encuentra terminado y liquidado, como se indica en certificación del 1 de junio de 2017, enviada por el apoderado especial de la fiduciaria Itaú Asset Management Colombia S. A. (antes Helm Trust S. A.), cuya copia fue remitida por Fonade.

Así, la realidad misma y el principio de conservación de los actos jurídicos, que ordena interpretar tales actos en el sentido de que sus estipulaciones y, en general, la voluntad real de las partes resulten eficaces, impediría concluir que dicho contrato de fiducia careció de objeto, total o parcialmente, y que, por lo tanto, fue inexistente en todo o en parte.

- (ii) En segundo lugar, habiendo sido dicho contrato de fiducia un acto jurídico existente y, en apariencia, válido y eficaz, la Sala considera que solo una autoridad judicial o arbitral, en el curso de un proceso, con la audiencia de las dos partes y mediante una sentencia o laudo que haga tránsito a cosa juzgada, podría despojar a dicho acto, total o parcialmente, de tales atributos.

Dado lo anterior, la Sala concluye que la celebración y ejecución del referido contrato de fiducia mercantil, apenas un mes y medio después de haberse suscrito el contrato de cesión de los derechos económicos entre el Banco de Crédito Helm Financial Services y las sociedades que integraban el Consorcio CMS Cárceles, significó, más bien, un incumplimiento de este contrato de cesión por parte de las compañías cedentes y, al mismo tiempo, un incumplimiento de Fonade a la obligación que voluntaria y

expresamente asumió, de efectuar los pagos derivados del contrato de obra 2070329 a favor del citado establecimiento de crédito.

En efecto, un acuerdo de cesión de créditos o derechos personales obliga implícitamente al cedente, en primer lugar, a no traspasar ni permitir que se transfieran los mismos derechos a otra persona distinta de su cesionario, de manera análoga a como el vendedor de una cosa corporal se obliga a no transferirla a otra persona distinta de su comprador. Esta es una obligación que podría calificarse como “de la naturaleza” del respectivo acto o contrato y que, por lo tanto, obliga al respectivo deudor y lo hace responsable por su incumplimiento, bajo los mandatos del principio de la buena fe (artículo 1603 del Código Civil<sup>673</sup>).

Algunas de las estipulaciones incluidas en el referido contrato de cesión ratifican esta conclusión.

Así, en la cláusula tercera, numeral 2º, se pactó que “*será responsabilidad del **CEDENTE** efectuar todas las diligencias, trámites, cumplimiento de obligaciones contractuales, presentación de cuentas de cobro o facturas y en general, la realización de todas las gestiones necesarias para que se efectúe el pago directamente al **BANCO**, a más tardar, en la fecha prevista en el **CONTRATO** objeto de cesión. (...)*”.

Igualmente, en el párrafo de la misma cláusula se estipuló que “*las condiciones de pago y en general los derechos económicos del **CONTRATO** objeto de la presente cesión, no podrán ser modificados sin la previa y escrita aprobación por parte del **BANCO**, mediante comunicación suscrita por un representante legal del mismo...*”.

De la cláusula sexta del mismo instrumento, referente a las obligaciones del cedente, merece la pena citar las siguientes:

“(…) **3) Informarle al BANCO cualquier hecho que pueda afectar la presente garantía y fuente de pago**, entre otros, la modificación, terminación, nulidad, inexistencia, rescisión o resolución del **CONTRATO** o la aplicación de cualquier cláusula excepcional en relación con el mismo... **4) Responder al BANCO por la existencia de los créditos cedidos** y por la solvencia del contratante cedido en los términos del artículo 1965 del Código Civil. En consecuencia, **en caso que... Fonade no efectuar en las oportunidades debidas, el pago del CONTRATO, el CEDENTE en todo caso deberá efectuar el pago al BANCO** a efectos de atender las obligaciones adquiridas con el mismo...**5) Notificarle a... Fonade sobre la cesión de los derechos económicos derivados del CONTRATO y obtener una comunicación, suscrita por un representante legal de... Fonade en la que declare la aceptación de la cesión y que a partir de la misma, los pagos de las prestaciones económicas derivadas del CONTRATO se efectuará directamente al BANCO**”. (Negrillas ajenas al texto).

Y finalmente, en la cláusula séptima de este documento, se estipuló que el banco cesionario podría “*declarar extinguido el plazo acordado para las obligaciones y exigir*

673 “Artículo 1603. Los contratos **deben ejecutarse de buena fe**, y por consiguiente **obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella**”. (Se destaca).

la totalidad de las mismas en cualquiera de los siguientes casos: (...) **2) Si EL CEDENTE gravare o dispusiere en todo o en parte de los derechos económicos objeto de la presente cesión sin la aceptación previa del BANCO...**” (Resaltamos).

Para evitar cualquier confusión, vale la pena aclarar que el contrato de cesión de créditos celebrado el 16 de octubre de 2007 y el contrato de fiducia mercantil firmado el 29 de noviembre del mismo año, se refieren parcialmente a los mismos derechos.

En efecto, el primero cobijó todos los “derechos económicos” derivados del contrato de obra N° 2070329, como se ha explicado, pero, en virtud de la autorización dada por Fonade, quedó limitada a la suma de \$5.000.000.000. Por su parte, el contrato de fiducia incluyó los derechos económicos derivados de las actas de avance de obra suscritas en desarrollo del mismo contrato, sin ninguna limitación de cuantía.

Vale la pena recordar que en el contrato de obra, la contraprestación económica a que tenía derecho el contratista estaba conformada por tres grandes rubros: (i) los anticipos, (ii) los valores consignados en las actas de avance de obra (que incluían los costos directos y los indirectos o AIU) y (iii) los reajustes de los precios unitarios, previstos en las respectivas actas de ajuste.

En consecuencia, en virtud del primer acuerdo de cesión, el Banco de Crédito Helm Financial Services tenía derecho a recibir todos los pagos derivados del contrato, hasta la suma de \$5.000.000.000, mientras que, en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, Helm Trust S. A. tendría derecho a percibir los pagos correspondientes únicamente a las actas parciales de obra, aunque sin límite de valor. Sin embargo, con fundamento en la información y en los documentos enviados por Fonade, la Sala ha constatado que las partes, en la ejecución de tales contratos, entendieron que:

- (i) Ninguno de los dos actos jurídicos mencionados -la cesión inicial y la fiducia- comprendían o involucraban los recursos del anticipo, pues estos le fueron pagados directamente al contratista<sup>674</sup>.

Esto probablemente obedeció a que las partes acogieron la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado sobre la naturaleza jurídica y la propiedad de los anticipos en los contratos estatales<sup>675</sup>, en la que se concibe que dichos recursos son, más que un activo del contratista, sumas de dinero que la entidad pública le suministra o adelanta a este, con el fin de iniciar la ejecución del contrato, y que generan para el contratista la obligación de destinarlas exclusivamente al cumplimiento del contrato, amortizarlas progresivamente y

<sup>674</sup> La Sala observa que, al haberse aumentado el monto del anticipo, del 10% al 50%, después de que Fonade había aceptado la primera cesión de los derechos económicos del contrato (a favor del Banco de Crédito Helm Financial Services), y haberse sustraído, por lo tanto, este valor adicional (40% del contrato) de los créditos previamente cedidos, se habría incurrido en un incumplimiento adicional del acuerdo de cesión original, a menos que tal modificación hubiese sido consentida por el respectivo cesionario, pues el mencionado porcentaje se detrajo de las sumas de dinero que tenía derecho a percibir el cesionario (el Banco de Crédito), en virtud del contrato de cesión original celebrado entre este y el “Consortio CMS Cárceles”.

<sup>675</sup> A este respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 29 de enero de 2004 (exp. 25000-23-26-000-1993-8696-01 [10779]) y del 7 de septiembre de 2015 (exp. 25000-23-26-000-2004-01002-01 [36878]).

restituir las cantidades que, por cualquier razón, no haya utilizado al terminar el contrato, con sus correspondientes rendimientos. En esa medida, se ha sostenido que tales recursos son de naturaleza pública, aun después de haber sido entregados al contratista.

Asimismo, pudo haber incidido en ello el procedimiento especial que se pactó en el contrato para el pago del anticipo, que implicaba su consignación en una cuenta bancaria abierta a nombre del contratista y el interventor, y su utilización exclusiva para el cumplimiento del contrato, con la autorización previa del interventor (cláusula quinta). En esa medida, posiblemente se consideró que no se trataba de recursos de los cuales el contratista pudiera disponer libremente.

- (ii) En el contrato de fiducia mercantil, a pesar de que se pactó expresamente la obligación de ceder o transferir los derechos económicos y recursos “*derivados de las actas de avance de obra*”, exclusivamente, las partes, en su ejecución, entendieron que dicho negocio también incluía las sumas indicadas en las “*actas de ajuste*”, que contienen el reajuste de los precios unitarios.

Al parecer, esta interpretación obedeció a que dicho ajuste se refiere a los precios unitarios con los cuales se calculaban los costos directos de las obras ejecutadas, indicados en las “*actas de avance de obra*”, de manera tal que bien podría entenderse que tales reajustes, al ser un pago derivado indirectamente de tales actas de obra, constituían una obligación accesoria a la generada con la presentación y firma de las actas de avance de obra, pues lo único que se buscaba con dicho reajuste era actualizar monetariamente el valor de los costos directos incluidos en las referidas actas de obra.

Dado que ninguna de las dos interpretaciones citadas resulta inadmisibles y que, por otra parte, las cláusulas de los contratos pueden ser interpretadas válidamente “*por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una con la aprobación de la otra parte*”, como lo autoriza expresamente el inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil, la Sala acogerá dicha hermenéutica, para los solos efectos de esta consulta.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se trata, bajo dicha interpretación, de la cesión de los mismos derechos personales o créditos, pero efectuada por los cedentes a dos personas distintas y en forma sucesiva, surge el problema de establecer cuál de dichos cesionarios tenía prioridad o prelación para recibir el pago o, lo que es igual, pero desde el punto de vista pasivo, a cuál de los dos cesionarios debía pagar Fonade, en primer lugar.

Esta cuestión no tiene una solución específica y expresa en las normas del Código Civil que regulan la cesión de créditos. Sin embargo, conforme al principio de que “*el primero en el tiempo es el primero en el derecho*”, desarrollado en algunas normas del Código Civil, puede decirse que en una situación como la descrita, la prelación corresponde al cesionario que primero notificó la cesión al deudor, o en relación con el cual el deudor aceptó en primer término la cesión, según el caso.

Esta conclusión está respaldada también por la doctrina y el derecho comparado. En efecto, sobre este punto, el tratadista Hinestrosa, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, comenta<sup>676</sup>:

“331. **PLURALIDAD DE CESIONES.** Por último, dentro del tema de las relaciones entre cedente y cesionario ha de examinarse una hipótesis marginal, común a todos los contratos de enajenación de derechos, salvo aquellos en los que el derecho se identifica con el documento (títulos valores, art. 619 C. Co.): dado que la cesión exige documentación y entrega del documento al cesionario, bien puede ocurrir que el titular de un derecho, acá el acreedor, **disponga del mismo derecho a favor de distintas personas por medio de otros tantos contratos sucesivos, lo cual da lugar a conflictos entre los respectivos cesionarios: ¿cuál de ellos será el adquirente del crédito cedido y qué derecho corresponde a los restantes? Acá viene a dar respuesta la norma del art. 1873 c.c.:** ‘el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si [el vendedor] ha hecho la entrega separadamente a varios, aquel a quien se haya hecho primero será preferido’, con la precisión de que la entrega del documento con la nota de cesión es formalidad constitutiva de esta. Solo que a ello habría que agregar que, **respecto de ‘deudor y terceros’, será preferido aquel cesionario que primero notificó la cesión al deudor**<sup>677</sup>”. (Destaca la Sala).

En el mismo sentido dispone la “Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional”, adoptada el 12 de diciembre de 2001 en Nueva York, y específicamente su “Anexo”, en el cual se proponen distintos métodos o sistemas para determinar la prelación que tienen los cesionarios de un mismo crédito, a quienes se les haya transferido en forma sucesiva. Tales sistemas son el de la inscripción de la cesión en un registro público, el de la fecha de celebración de los contratos de cesión o el de la fecha de las notificaciones al deudor cedido. En relación con este último método, que es el que armoniza con el sistema adoptado por el Código Civil colombiano para dar efectos a la cesión frente al deudor y terceros, el artículo respectivo del citado anexo dispone:

**“Sección IV. Régimen de prelación basado en la fecha de notificación del contrato de cesión.**

**Artículo 9. Orden de prelación entre varios cesionarios. Entre cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, la prelación del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido se determinará en función del orden en el que el deudor reciba la notificación de las respectivas cesiones. Sin embargo notificando al deudor, un cesionario no podrá obtener prelación sobre una cesión anterior de la que haya tenido conocimiento en el momento de celebrarse su contrato de cesión”.** (Se destaca).

En esa medida, se observa que el Banco de Crédito Helm Financial Services tenía derecho a recibir todos los pagos que Fonade debiera efectuar en virtud del contrato de obra N° 2070329, sin incluir los anticipos, **a partir del 6 de noviembre de 2007** (fecha

676 Hinestrosa, Fernando, ob. citada, páginas 439 y 440.

677 “[100] Así, en cas. de 5 de mayo de 1941, LI, 256, y en el art. 289 c.c. de Brasil de 2001. En el Avant-projet Catala, cit., el art. 1254-3 dispone: ‘El conflicto entre los cesionarios sucesivos se resuelve a favor del de fecha más antigua. La prueba de la fecha puede darse por cualquier medio’”.

de aceptación de la cesión) y **hasta completar la suma de \$5.000.000.000**. Una vez alcanzado dicho valor, los pagos respectivos debían continuarse haciendo en favor de la fiduciaria Helm Trust S. A., sin incluir tampoco los anticipos.

No obstante, la realidad muestra que esto no ocurrió en el presente caso, pues no se hizo ningún pago al Banco de Crédito Helm Financial Services y, en cambio, se hicieron dos (2) pagos al Consorcio CMS Cárceles, que no correspondían a anticipos, los días 26 de noviembre de 2007 y 28 de diciembre del mismo año, es decir, después de haber sido aceptada por Fonade la cesión (6 de noviembre de 2007), así como múltiples pagos a Helm Trust S. A., que sumaron \$27.021.279.681.

En desarrollo del referido contrato inicial de cesión de derechos económicos y luego de haberse subrogado en el mismo la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., solamente se ha hecho un pago por valor de \$156.259.056. Lo anterior denota que el contrato de cesión de derechos crediticios, celebrado el 16 de octubre de 2007, fue incumplido parcialmente por el cedente, es decir, por las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, y que Fonade tampoco cumplió su obligación derivada de la aceptación expresa de dicha cesión, consistente en pagar todos los derechos económicos surgidos del contrato de obra al Banco de Crédito Helm Financial Services, hasta la suma de \$5.000.000.000.

Desde luego que este presunto incumplimiento, y las consecuencias jurídicas y económicas del mismo, solo podrían ser declarados por la autoridad judicial o arbitral competente, a petición de la parte interesada, que en este caso sería el HELM BANK S. A., o la sociedad Pine Com, que lo sucedió en los respectivos créditos.

Sin embargo, esta situación genera para Fonade una contingencia o riesgo patrimonial, que dicha entidad pública debería tener en cuenta, entre otros elementos de juicio, para efectos de decidir cómo, cuándo y a quién efectúa el pago de la condena impuesta en el laudo arbitral.

Asimismo, este análisis le ha servido a la Sala para concluir que el contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles y el Banco de Crédito Helm Financial Services se encuentra vigente y no ha sido ejecutado en su totalidad.

### **c. El acuerdo de cesión de la posición contractual en el contrato inicial de cesión de los derechos económicos**

Ahora bien, dado que Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. solicita a Fonade el pago de las sumas de dinero a las que fue condenada dicha entidad por un tribunal de arbitramento el 16 de enero del año en curso, invocando su posición de cesionaria de la posición contractual que tenía el Banco de Crédito Helm Financial Services en el contrato de cesión del 16 de octubre de 2007, es necesario hacer una breve referencia a esta última cesión, para determinar si, en virtud de tal acto, la mencionada sociedad está facultada para reclamar el pago de la citada condena.

Como se había indicado, por medio de dicho acto jurídico, celebrado el 1º de enero de 2011, se acordó que “el **CEDENTE** [es decir, el banco] *cede su posición contractual en el contrato de cesión de derechos económicos, suscrito el día 16 de octubre de 2007, a favor del CESIONARIO* [la sociedad Pine Com]” (cláusula primera). En la misma cláusula se pactó que, como consecuencia de la cesión, el cesionario “*asume todas las **obligaciones y derechos contractuales derivados del contrato de cesión** de fecha 16 de octubre de 2007, apartándose EL **CEDENTE** de los mismos*” (se resalta).

La razón de dicha cesión aparece indicada en las consideraciones de este acuerdo y consistió en que la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. pagó la obligación financiera que, por valor de \$5.000.000.000 de capital, tenía el Consorcio CMS Cárceles con el HELM BANK S. A.

Tal como las partes lo pactaron en el citado documento, no se trató simplemente de una nueva cesión o re-transmisión de los derechos económicos derivados del contrato de obra N° 2070329, que el cesionario de los mismos hiciera a un tercero, sino de una cesión de la “*posición contractual*” que ocupaba el HELM BANK S. A. en el contrato de cesión de créditos originario; es decir, que se trató de la cesión de un contrato.

A este respecto, vale la pena recordar que el Código de Comercio permite, en general, la cesión de los contratos mercantiles, en los siguientes términos:

*“Artículo 887. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

*La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”* (Se resalta).

En el caso que nos ocupa, puede resultar discutible si el contrato de cesión de los derechos económicos provenientes del contrato de obra N° 2070329, suscrito el 16 de octubre de 2007, es un contrato de ejecución sucesiva o de ejecución instantánea, ya que los contratos de cesión de créditos son, generalmente, de ejecución instantánea, pues una vez entregado u otorgado el título o documento en que conste el derecho por parte del cedente al cesionario, y notificada la cesión al deudor, se producen plena y definitiva los efectos de la cesión de derechos.

Sin embargo, esto no es una regla absoluta, pues, como se explicó, la cesión de créditos puede obedecer a distintos títulos jurídicos y buscar diferentes finalidades, lo cual permite entender que los contratos de cesión de créditos pueden ser más o menos complejos e incorporar obligaciones accesorias o accidentales, cuyo cumplimiento puede efectuarse en forma periódica o diferida.

Esto último sucede en el presente caso, y es frecuente en las cesiones de créditos que se celebran con fines de garantía y/o fuente de pago de una obligación subyacente, pues en tales eventos la cesión toma el carácter de contrato accesorio al principal y tiene, generalmente, la misma duración del contrato al cual accede.

En el caso que se analiza, la cesión de créditos celebrada entre el Banco de Crédito Helm Financial Services y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, tuvo como propósito garantizar y servir de fuente de pago a un préstamo otorgado por dicho banco a las mencionadas compañías, entre otras deudas pasadas o futuras que estas tuvieran o adquirieran, razón por la cual la parte cedente asumió frente al cesionario obligaciones especiales y adicionales a las que son habituales en este tipo de actos, y que deben cumplirse en forma permanente durante la vigencia del contrato de cesión (la cual, como se ha indicado, es de duración indefinida), tales como la de *“efectuar todas las diligencias, trámites, cumplimiento de obligaciones contractuales, presentación de cuentas de cobro o facturas y en general, la realización de todas las gestiones necesarias para que se efectúe el pago directo al BANCO...”*, o la de *“informarle al BANCO cualquier hecho que pueda afectar la presente garantía y fuente de pago, entre otros, la modificación, terminación, nulidad, inexistencia, incumplimiento, rescisión o resolución del CONTRATO o la aplicación de cualquier cláusula excepcional...”*.

Lo anterior permite concluir que el contrato de cesión de créditos que nos ocupa, en particular, puede ser calificado como un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, por lo cual resultaba viable su cesión, aun sin el consentimiento del otro contratista (es decir, el cedente).

Debe tenerse en cuenta que como se trata de una cesión de contrato, la misma involucra tanto los derechos o créditos como las obligaciones o deudas generadas en cabeza del cedente por la celebración del contrato cedido, es decir, la *posición contractual* íntegra que el cedente tenía en dicho contrato. Dentro de los derechos referidos, que se entienden transferidos al nuevo cesionario (Pine Com) están los “derechos económicos” derivados del contrato de obra N° 2070329, hasta por la suma de \$5.000.000.000, que en virtud de la cesión de créditos original, habían sido cedidos al Banco de Crédito Helm Financial Services. Por lo tanto, el nuevo titular de tales créditos es la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., quien está facultada para reclamarlos a Fonade.

De otra parte, la Sala considera que, al margen del acuerdo de cesión de la posición contractual en el contrato de cesión de créditos, celebrado entre el HELM BANK S. A. y Pine Com, la cesión a esta última de los derechos económicos derivados del contrato de obra, es una consecuencia de la figura que la ley denomina *“pago con subrogación”*, y que el Código Civil regula en los artículos 1666 a 1671. En efecto, el artículo 1666 define la subrogación como *“la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”*.

La subrogación, tal como lo dispone el artículo 1667 ibidem, opera *“en virtud de la ley”* (subrogación legal) o *“en virtud de una convención del acreedor”* (subrogación convencional), es decir de un acto voluntario de su parte.

En relación con ambos tipos de subrogación, el artículo 1670 del Código Civil establece su alcance, en los siguientes términos:

*“Artículo 1670. **La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda.***

*Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito”.* (Se resalta).

Como se aprecia, la subrogación traspasa al nuevo acreedor, es decir, al tercero que paga, no solamente el derecho principal, sino también sus accesorios, entre los cuales están las garantías que amparan la respectiva obligación.

El artículo 1668 *ibidem* señala los casos en los que la subrogación tiene lugar por el solo ministerio de la ley y “*aun contra la voluntad del acreedor*”. Entre tales hipótesis se incluye la situación “*del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor*” (numeral 5).

Y el artículo 1669 del mismo código regula la subrogación convencional o voluntaria, de la siguiente forma:

*“Artículo 1669. Se efectúa la subrogación, en virtud de una convención del acreedor, **cuando este, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor**; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago”.*

Anota la Sala que la finalidad de esta norma no es la de igualar o asimilar plenamente la subrogación voluntaria y la cesión del crédito, pues en todo caso la subrogación, ya sea legal o bien convencional, proviene de una misma causa, a saber: el pago de una obligación hecha por un tercero, quien no es su deudor principal. Lo que pretende esta disposición, por lo tanto, es señalar que cuando la subrogación no opera en virtud de la ley, sino por la voluntad del acreedor, debe hacerse en la forma y con los requisitos previstos para la cesión de créditos, con el fin de que dicha subrogación produzca efectos jurídicos, tanto entre el subrogante y el subrogatario, como en relación con el deudor y los terceros.

Así lo confirma la doctrina. Por ejemplo, CLARO SOLAR<sup>678</sup>, al comentar el artículo 1612 del Código Civil chileno (equivalente al artículo 1670 de nuestro Código Civil), expresa:

***“En cuanto a sus efectos, no hay, pues, diferencia entre la subrogación legal y la subrogación convencional. Cualquiera que sea la clase de subrogación que se realiza***

678 Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, volumen VI, p. 271 y 272. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

y cualquiera la manera como se efectúa, la subrogación produce los mismos e idénticos efectos. La subrogación coloca al nuevo acreedor en el lugar del antiguo; y **pasan al nuevo acreedor todos los derechos que el antiguo tenía en la relación de derecho que constituye la obligación** y que liga al deudor y demás que acceden a ella con respecto al acreedor. En una palabra, **la subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor el crédito del antiguo con todos sus accesorios**”. (Destaca la Sala).

La información y los documentos aportados por Fonade no permiten determinar con certeza si el pago de la deuda que tenían las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles con el HELM BANK S. A., efectuado por Pine Com, se hizo con el consentimiento expreso o tácito de las firmas deudoras, razón por la cual no es factible determinar si en este caso operó una subrogación legal o convencional.

Lo que sí puede establecerse de los antecedentes es que el pago efectuado por Pine Com constituye un pago con subrogación, pues se trató del pago de una deuda que no estaba en cabeza de dicha sociedad, sino de las compañías integrantes del consorcio.

De ello se dejó constancia expresa en el documento intitulado “*Acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre HELM BANK S. A. y el Consorcio CMS Cárceles*”, como se ha indicado.

En consecuencia, aun si el pago efectuado por Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. al HELM BANK S. A. se hubiese hecho sin el consentimiento expreso o tácito de los deudores (las sociedades integrantes del consorcio), el citado documento puede ser interpretado válidamente como una “subrogación convencional”, la cual, como se explicó, produce los mismos efectos jurídicos que la legal.

Por lo tanto, debe entenderse que en virtud de dicha subrogación, la sociedad Pine Com, no solo adquirió el derecho a exigir a las sociedades deudoras el pago de la suma que adeudaban al Banco de Crédito Helm Financial Services, sino también los derechos accesorios de aquel, incluyendo, entre estos, el contrato de cesión de los derechos crediticios derivados del contrato de obra N° 2070329, pues, como se explicó, dicha cesión tuvo como finalidad principal la de servir de garantía al cumplimiento de la referida obligación financiera.

En esa medida, ya sea que se entienda como una “*cesión de la posición contractual*” en el contrato primigenio de cesión de derechos, o bien como una subrogación derivada del pago efectuado por Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., es indudable que dicha compañía es, en la actualidad, la legitimada para exigir el pago de los “derechos económicos” derivados del contrato de obra celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, hasta el límite de \$5.000.000.000.

Finalmente, es importante señalar que la conclusión anterior se ratifica con el hecho de que, luego de aceptado expresamente el “*acuerdo de cesión de la posición contractual...*” por parte de Fonade, y en el cual este se comprometió a efectuar los pagos pendientes del contrato de obra a Pine Com, Fonade efectuó un pago a dicha sociedad el día 26 de

marzo de 2014, por valor de \$156.259.056. De esta manera, Fonade ha reconocido expresa y tácitamente (con su conducta) que el nuevo acreedor de los referidos derechos es Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.

## 2. Alcance de las obligaciones impuestas en el laudo. No son “derechos litigiosos”, sino derechos económicos ciertos derivados del contrato. Existencia de un título ejecutivo complejo

### a. El laudo arbitral

En primer lugar, debe recordarse que el arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes someten voluntariamente, en virtud del denominado “pacto arbitral” (que puede estar contenido en una cláusula del contrato –cláusula compromisoria– o en un documento aparte, llamado “compromiso”), la solución de un determinado litigio a la decisión de particulares, denominados árbitros, investidos transitoriamente de la función judicial (artículo 116 de la Carta Política<sup>679</sup>). Dicha decisión es definitiva, de única instancia y hace tránsito a cosa juzgada, independientemente de los recursos extraordinarios (de anulación o de revisión) que contra ella se interpongan ante las autoridades judiciales competentes.

En ese sentido, debe reiterarse que los derechos reconocidos por el tribunal de arbitramento para la parte convocante, en el laudo del 16 de enero de 2017, no son derechos litigiosos. Lo fueron, mientras el arbitraje se llevaba a cabo, pero, una vez en firme el laudo y, por lo tanto, revestida esa decisión del carácter de cosa juzgada, dichos créditos pasaron a la categoría de derechos ciertos, independientemente del resultado del recurso extraordinario de anulación que contra el laudo arbitral presentó Fonade.

Por tal razón, no es necesario determinar, en este caso, si los *derechos litigiosos* relacionados con el proceso arbitral se cedieron a Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., como un accesorio de los derechos crediticios derivados del contrato, que previamente habían sido transferidos, en forma global, a dicha compañía. La Sala cree que tal cesión sí ocurrió, por las razones jurídicas que se explicaron en el acápite anterior, al referirnos al concepto y a la regulación de la cesión de derechos litigiosos. Sin embargo, aunque no hubiera sido así, es decir, si llegare a considerarse que los derechos litigiosos relacionados con el arbitraje no se cedieron a la sociedad Pine Com, tal interpretación de los hechos no impediría concluir que los créditos reconocidos al contratista en el laudo arbitral, al constituir, a partir de la ejecutoria de dicha providencia, un derecho cierto, económicamente apreciable, disponible y derivado del contrato (como más adelante se explicará), debe entenderse cedido a Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., como efecto último de los actos de cesión sucesivos que se han explicado.

De otro lado, vale la pena recordar que la competencia funcional de los árbitros está limitada, en primer lugar, por el carácter disponible de los derechos o pretensiones que

679 “Artículo 116. (Modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 3 de 2002) (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. (Se destaca).

se persigan<sup>680</sup> y, en segundo lugar, por lo acordado entre las partes en el respectivo pacto arbitral.

En el caso que nos ocupa, la competencia de los árbitros estaba restringida, en particular, a conocer y resolver de las controversias o divergencias que surgieran entre las partes, “relacionadas o derivadas de **la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del Contrato**” (se destaca).

De lo expuesto se infiere que los árbitros, en el presente caso, no podían inmiscuirse en asuntos ajenos a los relacionados o derivados **del contrato de obra N° 2070329 de 2007**, incluyendo su celebración, ejecución o cumplimiento, terminación y liquidación, así se tratara de otras relaciones contractuales o legales que pudiesen existir entre las mismas partes, so pena de incurrir en extralimitación de sus funciones y dar lugar, en consecuencia, a la anulación total o parcial del laudo.

Lo anterior, sin embargo, no sería suficiente para concluir que los derechos reconocidos en el laudo a la parte convocante se relacionen o deriven exclusiva y directamente del citado contrato, pues la Sala debe analizar la situación planteada en la consulta con independencia de cualquier error o vicio “*in procedendo*” que pudiera tener el laudo arbitral. Por ello, es necesario adentrarse en el alcance y en el contenido mismo de dicha decisión.

A este respecto, es conveniente recordar que en el citado laudo se condenó a Fonade a pagar determinadas sumas de dinero, que corresponden a cuatro (4) conceptos distintos, pero interrelacionados: (i) costos directos de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista; (ii) reajuste de los precios unitarios utilizados en el cálculo de tales obras; (iii) costos indirectos, representados por el porcentaje de A.I.U. pactado en el contrato, sobre los mismos costos directos, y (iv) intereses, a la tasa del interés bancario corriente sobre las sumas anteriores.

De estos cuatro conceptos, los tres primeros no generan, para la Sala, ninguna duda sobre su calidad de derechos personales o créditos derivados del contrato de obra N° 2070329, pues todos ellos fueron previstos expresamente en el contrato.

En efecto, debe recordarse que la cláusula segunda regulaba el valor estimado del contrato, su modalidad de pago (precios unitarios reajustables), y la manera de calcular el valor real y definitivo de dicha convención, incluyendo expresamente el costo de las mayores cantidades de obra que fuera necesario acometer durante su vigencia.

Asimismo, la cláusula tercera establecía la fórmula para calcular el reajuste de los precios unitarios; la cláusula cuarta se refería a la forma de pago del valor del contrato; la quinta regulaba el pago y el manejo del anticipo, y la cláusula sexta incluía ciertas “*reglas comunes para el pago de obra y ajustes y para el desembolso del anticipo*”.

680 Ley 1563 de 2012, artículo 1°.

A este respecto, lo que hizo el tribunal de arbitramento fue simplemente verificar, de acuerdo con las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, que Fonade no había cumplido a cabalidad su obligación contractual de reconocer y pagar las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, en las condiciones estipuladas en el contrato, junto con el correspondiente reajuste de precios y el AIU (administración, imprevistos y utilidad), por lo que condenó a dicha entidad a pagar las respectivas sumas de dinero al Consorcio CMS Cárceles.

Vale la pena recordar, adicionalmente, que los contratos de obra a precios unitarios, sean estos fijos o con fórmula de reajuste, se caracterizan precisamente porque el valor real y definitivo del contrato depende de las obras efectivamente realizadas por el contratista para cumplir con el objeto del mismo, dentro de los límites y con las condiciones impuestas en el contrato, de tal manera que dicho valor corresponde al resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios pactados para cada ítem (y ajustados, si así se ha estipulado).

En consecuencia, es claro que las sumas a las que fue condenado Fonade por concepto de costos directos, reajuste de precios y costos indirectos, en relación con las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, son derechos que este tenía en virtud del contrato de obra celebrado y que el panel de arbitramento se limitó a declarar o reconocer.

Ahora bien, en cuanto alude a los intereses, es pertinente recordar, en primer lugar, que los árbitros justificaron la imposición de dicha condena a Fonade manifestando que *“el Tribunal ha reconocido que la convocante tiene derecho al pago de mayores cantidades de obra que ejecutó y no le fueron reconocidas en el momento de terminación del contrato, es decir el 10 de septiembre de 2010, ello conlleva al costo de la pérdida de oportunidad, por lo que tiene derecho al reconocimiento de los intereses reclamados en la pretensión, lo cual desde ya advierte el Tribunal no es incompatible con la fórmula de reajuste que contiene el contrato...”*. (Destacamos).

Asimismo, en la parte resolutive del laudo, el tribunal declaró que Fonade era *“responsable respecto de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, costos administrativos y perjuicios causados al CONSORCIO CMS CÁRCELES. (...)”* (se destaca), y lo condenó a pagar la suma de \$1.158.701.497, *“por concepto de los intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, causados sobre las sumas referidas en el numeral Quinto anterior, intereses que han sido liquidados a partir del 11 de septiembre de 2010 y hasta la fecha de este laudo”* (destacamos).

Lo anterior permite a la Sala entender que el tribunal de arbitramento condenó a Fonade al pago de los citados intereses como una forma de indemnización del perjuicio causado al contratista por el no pago oportuno de las sumas de dinero que, según el mismo tribunal, tenía derecho a recibir en razón de las mayores cantidades de obra ejecutadas.

La Sala no puede entrar a determinar si lo resuelto por los árbitros en este punto (o en cualquier otro) se ajusta o no a las normas, a los principios y a la jurisprudencia que debían aplicar, ni tampoco si la tasa utilizada y el momento a partir del cual se

empezaban a causar los intereses resultan adecuados, pues, en primer lugar, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado carece de competencia para revisar las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales o arbitrales; en segundo lugar, no puede desconocer la autonomía que la Constitución Política y la ley reconocen a los árbitros para resolver los conflictos que se someten a su consideración; en tercer lugar, el laudo arbitral, una vez ejecutoriado o en firme, hace tránsito a cosa juzgada, y por último, el tema de los intereses fue objeto del recurso de anulación parcial que Fonade presentó contra el laudo arbitral y el cual se encuentra pendiente de decisión por parte de la Sección Tercera de esta corporación.

En consecuencia, la Sala se limitará a constatar dos hechos que resultan relevantes para dar respuesta a las preguntas formuladas: (i) en primer lugar, que el tribunal calculó los referidos intereses **sobre las sumas a las que fue condenado Fonade por concepto de las mayores cantidades de obra** ejecutadas por el contratista, como una suerte de indemnización de los perjuicios que le fueron causados a este por el no pago oportuno de dichas cantidades de dinero, y (ii) en segundo término, que, como atrás se explicó, el panel arbitral incluyó expresamente el valor de tales intereses dentro de la liquidación del contrato, tal como fue pedido por la parte convocante, debido a que las partes no realizaron dicha liquidación de común acuerdo.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que los referidos intereses constituyen una **obligación accesoria** a la obligación dineraria principal a cargo de Fonade (la de pagar las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista), y las cuales forman parte, junto con las demás condenas impuestas por el tribunal de arbitramento, de la liquidación final del contrato de obra N° 2070329 del 28 de febrero de 2007, suscrito entre Fonade y “el Consorcio CMS Cárceles” (cláusula vigesimonovena).

En esa medida, es claro que el derecho a percibir tales sumas de dinero (incluyendo los intereses) forma parte de los derechos personales, créditos, acreencias o “*derechos económicos*”, como las partes quisieron denominarlos, derivados del citado contrato de obra.

Aclara la Sala que tales derechos no pueden entenderse surgidos u originados del laudo arbitral, como si este constituyera una fuente autónoma de las correlativas obligaciones. En efecto, es necesario recordar que en nuestro ordenamiento jurídico, las sentencias judiciales y los laudos arbitrales no constituyen fuente de las obligaciones, por lo menos en el campo del derecho privado, pues tales fuentes son, únicamente, el acto o negocio jurídico, el hecho ilícito (o la responsabilidad civil), el enriquecimiento sin justa causa o la ley, o bien, si se prefiere, el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, dentro de la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones, que aparece reflejada en las normas decimonónicas del Código Civil.

Dado que, entre las muchas clasificaciones que pueden hacerse de los procesos judiciales, estos se dividen en declarativos o ejecutivos, según tengan por objeto reconocer o declarar un derecho que se disputa o, por el contrario, obtener el cumplimiento o pago forzado de un derecho cierto, se infiere de allí que las sentencias (y, en lo pertinente, los laudos arbitrales)

con las que se resuelven tales procesos pueden tener por objeto: (i) declarar un derecho y la correlativa obligación; (ii) imponer una condena monetaria o no monetaria, como consecuencia de tal declaración, y (iii) ordenar el pago de una obligación y, según el caso, el remate de los bienes del deudor que hayan sido embargados para conseguirlo.

En esa medida, los derechos y las obligaciones reconocidas en este caso, mediante el laudo arbitral del 16 de enero de 2017, no tienen su fuente u origen legal en la decisión de los árbitros, quienes se limitaron a reconocerlos o declararlos, de acuerdo con los hechos probados en el proceso y con las normas, los principios jurídicos y la jurisprudencia que estimaron aplicables, sino que tienen su fuente en la celebración, ejecución e incumplimiento parcial del citado contrato de obra.

### b. Existencia de un título ejecutivo complejo

En la consulta se indaga, entre otras cosas, si existe un título ejecutivo complejo en cabeza del cesionario (Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.), integrado por el laudo arbitral y el documento de cesión, para efectos de reclamar en sede judicial el pago de las obligaciones reconocidas en esa decisión, razón por la cual la Sala debe analizar, finalmente, si los documentos mencionados, integrados eventualmente con otros, constituyen o no un título ejecutivo complejo para la sociedad cesionaria. A este respecto, es necesario mencionar lo que dispone actualmente el artículo 422 del Código General de Proceso:

*“Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las **obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo”.** (Se destaca).*

Como se ha explicado en este concepto, los derechos personales derivados del contrato de obra N° 2070329 se transfirieron a Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. como resultado del pago con subrogación que esta efectuó al HELM BANK S. A., de la deuda que tenían las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles con dicha institución financiera, subrogación que vino a ser efectuada o confirmada, según el caso, con la celebración del *“Acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos...”*, suscrito entre el referido banco y la sociedad Pine Com.

Tal cesión fue aceptada expresamente por Fonade, mediante carta del 14 de julio de 2011, suscrita por la Subgerente de Contratación, encargada de las funciones de la Gerencia General y, por lo tanto, representante legal de dicha entidad. En la citada comunicación se puede leer:

*“2. Teniendo en cuenta lo expresado por la gerencia del convenio 195073, en su memorando n° 20112320096693 del 24 de junio de 2011, cuya copia se anexa al presente documento,*

***Fonade acepta la mencionada cesión y, en consecuencia, efectuará el pago del saldo pendiente por desembolsar a favor de la sociedad PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S., de acuerdo con el número de cuenta bancaria informado a Fonade, por usted...***

3. ***El pago se realizará una vez se haya liquidado el contrato y se hayan efectuado los descuentos legales y contractuales a que haya lugar, de acuerdo con las obligaciones contenidas en el contrato n° 2070329***” (Subrayas fuera del texto).

Como se observa, en este oficio, Fonade no solamente aceptó expresamente la cesión, sino que expresamente se obligó a pagar a la sociedad Pine Com el saldo pendiente del contrato de obra N° 2070329, una vez efectuada la liquidación de dicho contrato.

La citada comunicación, por lo tanto, es un documento que proviene del deudor (Fonade) y constituye plena prueba contra él, pues tiene, adicionalmente, el carácter de documento público (artículo 243 del Código General de Proceso), que se presume auténtico (artículo 244 ibídem).

Es importante reiterar que la liquidación del contrato fue realizada por el tribunal de arbitramento y está contenida en el respectivo laudo. En esa medida, es claro que la condición señalada en la citada carta del 14 de julio de 2011 ya ocurrió (N° 3). También conviene recordar que Fonade efectuó un pago derivado del contrato a la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., el 26 de marzo de 2014. Y finalmente, no sobra mencionar que el laudo arbitral es un documento asimilable, para todos los efectos legales, a una sentencia judicial, por lo cual es plenamente ejecutable en relación con las obligaciones claras, expresas y exigibles que contenga.

En el caso que se analiza, el laudo proferido el 16 de enero de 2017 se encuentra en firme, e impone a Fonade el pago de obligaciones expresas, claras y actualmente exigibles, que recaen, además, sobre sumas líquidas de dinero.

Por todo lo anterior, la Sala considera que Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. tendría, en la actualidad, un título ejecutivo complejo para reclamar judicialmente de Fonade el pago de las condenas impuestas en el citado laudo arbitral. Dicho título estaría compuesto por los siguientes documentos: (i) una copia auténtica del laudo arbitral, con constancia de ejecutoria; (ii) el “Acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre HELM BANK S. A. y el Consorcio CMS Cárceles”, suscrito el 1° de febrero de 2011 entre el HELM BANK S. A. y Pine Com; (iii) el oficio radicado con el N° 20115000157561 del 14 de julio de 2011, suscrito por la Subgerente de Contratación de Fonade y enviado a Pine Com, y (iv) el contrato de “cesión de los derechos económicos derivados del contrato de construcción del complejo penitenciario y carcelario...” suscrito el 16 de octubre de 2007, entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala advierte sobre un riesgo de naturaleza procesal que esta situación puede entrañar para Fonade, a saber: como la cesión de los derechos

litigiosos, derivada implícitamente de la cesión de los “derechos económicos” del contrato realizada a favor del Banco de Crédito y luego, de Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., no fue informada al tribunal de arbitramento y, por ende, no fue analizada por este, ni se reconoció a la sociedad Pine Com, dentro del arbitramento, como litisconsorte o como sustituta de la parte convocante (el consorcio), conforme a lo dispuesto por el artículo 68 del Código General del Proceso, la condena fijada en el laudo se dictó, desde el punto de vista formal, exclusivamente a favor del “Consortio CMS Cárceles”.

Esto implica que dicha providencia constituiría, formalmente y sin necesidad de documento adicional alguno, un título ejecutivo a favor del citado consorcio o de las cuatro sociedades que lo integran, quienes podrían, desde un punto de vista procesal, cobrar las obligaciones contenidas en dicho laudo, aunque Fonade, desde luego, podría oponerse, excepcionando el pago a la sociedad cesionaria (si ya se hubiere hecho), entre otras defensas.

Sin embargo, para evitar este nuevo riesgo, la Sala recomienda que Fonade exija a Pine Com Asia PCA Colombia S. A., como condición para efectuarle el pago, los siguientes requisitos: (i) la entrega de una carta suscrita por el representante del Consorcio CMS Cárceles, o por los representantes legales de las compañías que lo conformaban, si aquel ya se encuentra liquidado, en el que se manifieste expresamente que tales firmas conocen y aceptan que el pago del laudo se haga a favor de la sociedad Pine Com, y que renuncian, por tal virtud, a efectuar cualquier cobro o reclamación a la entidad estatal derivada de este hecho, y (ii) la devolución o, al menos, la exhibición de la primera copia del laudo arbitral (expedida a favor de la convocante), con la constancia original de ejecutoria.

### **3. Conclusiones generales sobre el caso concreto**

De todo lo expuesto, es posible extraer las siguientes conclusiones sobre el caso estudiado:

- a. Los “derechos económicos” del contrato de obra N° 2070329 del 28 de febrero de 2007, celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, corresponden a los derechos personales, créditos o acreencias derivados para el contratista de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del citado contrato.
- b. Tales derechos, sin incluir los anticipos, fueron objeto de tres (3) cesiones sucesivas: (i) la primera, efectuada a favor del Banco de Crédito Helm Financial Services el 16 de octubre de 2007; (ii) la segunda, realizada a favor de la fiduciaria Helm Trust S. A. el 29 de noviembre de 2007 y contenida en un contrato de fiducia mercantil, y (iii) la tercera y última, efectuada el 1° de febrero de 2011, por parte del HELM BANK S. A. y a favor de la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.
- c. Todas las cesiones mencionadas fueron notificadas a Fonade y aceptadas expresamente por este.

- d. La celebración del contrato de fiducia mercantil el 29 de noviembre de 2007, mediante el cual se transfirieron a Helm Trust S. A., entre otros activos, los “derechos económicos y recursos derivados de las actas de avance de obra del contrato...” mencionado, no significó la terminación ni la modificación del acuerdo de cesión de los “derechos económicos” derivados del contrato de obra, suscrito previamente entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services.
- e. La celebración y la ejecución de dicho contrato de fiducia, antes que el contrato inicial de cesión de los derechos crediticios (suscrito primero), significó, más bien, a juicio de la Sala, el incumplimiento del primitivo contrato de cesión, asunto que se recomienda a Fonade evaluar internamente.
- f. Dicho contrato se encuentra vigente aún y tiene como parte cesionaria a la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., hasta la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000).
- g. La primera y la segunda de las cesiones mencionadas se efectuaron y aceptaron por Fonade antes de que dicha entidad pública hubiese sido notificada de las múltiples órdenes de embargo que recibió, provenientes de diferentes juzgados del país, contra el Consorcio CMS Cárceles y/o las sociedades que lo integran, en relación con los créditos que tenían a su favor. Por tal razón, dichas medidas cautelares no podían ser practicadas, ni pueden serlo, hasta no satisfacer, en su totalidad, las obligaciones adeudadas actualmente a la sociedad Pine Com.
- h. Las obligaciones dinerarias impuestas a Fonade y a favor de la parte convocante, en el laudo arbitral dictado el 16 de enero de 2017, incluyendo los intereses, no constituyen derechos litigiosos, sino derechos crediticios ciertos derivados del contrato de obra N° 2070329 de 2007, que fueron declarados o reconocidos por el tribunal de arbitraje.
- i. Dicho laudo se encuentra ejecutoriado, por lo cual constituye, junto con los otros documentos señalados en este concepto, un título ejecutivo complejo a favor de Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., para reclamar el pago de las sumas de dinero señaladas en el laudo arbitral. En todo caso, antes de efectuar el pago a dicha sociedad, recomendamos que Fonade adopte las precauciones que se han indicaron en el numeral anterior.

En atención a las consideraciones anteriores,

### **LA SALA RESPONDE**

1. *¿La cesión de créditos del valor de un contrato supone la cesión de los derechos litigiosos, en atención a que hacen parte de una misma universalidad crediticia, o por el contrario se trata de dos conceptos diferentes?*

La Sala considera que la cesión en bloque de los créditos o derechos personales derivados de un contrato (presentes y futuros) incluye los derechos litigiosos que surjan posteriormente en relación con el mismo contrato, en virtud de procesos judiciales o arbitrales, siempre que el objeto de la respectiva controversia o litigio se refiera, de manera cierta, directa e inequívoca, a las acreencias o derechos crediticios que hayan sido objeto de cesión.

En la medida en que el respectivo proceso judicial o arbitral termine, con una sentencia o laudo que haga tránsito a cosa juzgada, los derechos crediticios reconocidos o declarados en dicha providencia dejan de ser “litigiosos” y pasan a ser derechos ciertos, por lo que deben entenderse incluidos, con más razón, en la cesión de los créditos derivados de un contrato, siempre que los derechos reconocidos judicialmente se originen en la celebración, ejecución, terminación o liquidación del respectivo contrato.

2. *Teniendo en cuenta que los efectos de la sentencia son declarativos de una deuda a favor del CONSORCIO CMS CÁRCELES con ocasión del contrato N° 2070329, ¿se podría predicar que la naturaleza jurídica de dicho reconocimiento es el de un derecho económico del contrato?*

Sí. De acuerdo con lo señalado en la respuesta anterior y lo explicado en este concepto, en particular, sobre el laudo arbitral dictado el 16 de enero de 2017, la Sala entiende que los derechos reconocidos en esa decisión para la parte convocante, incluyendo los intereses, constituyen “derechos económicos” derivados del contrato de obra N° 2070329 del 28 de febrero de 2007, celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárcels.

3. *¿Existe un título ejecutivo complejo en cabeza del cesionario, integrado por el Laudo Arbitral y el documento de cesión, para efectos de reclamar en sede judicial el pago de los derechos económicos del contrato?*

Sí, a juicio de la Sala, existe un título ejecutivo complejo a favor del cesionario actual (Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.), conformado por el laudo arbitral y los documentos señalados en la parte considerativa de este concepto, que le permitiría reclamar judicialmente el pago de las condenas impuestas en el laudo arbitral.

4. *¿El pago de las sumas reconocidas en el laudo arbitral descritos en los antecedentes de la consulta debe ser pagadas (sic) a órdenes de los juzgados que notificaron a Fonade de las órdenes de embargo o por el contrario el pago debe realizarse a quien ostenta la calidad de cesionario del valor del contrato?*

En concepto de la Sala, el pago de dichas sumas debe hacerse a favor de la sociedad que actualmente tiene la calidad de cesionaria de los referidos derechos, sin exceder, en ningún caso, de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), con las precauciones que se recomiendan en este concepto. Si se llegare a alcanzar este límite, por cualquier razón, y quedaren sumas pendientes por pagar, derivadas del laudo arbitral u originadas, de otra

forma, en el contrato de obra N° 2070329, los pagos respectivos deberán hacerse a favor de los juzgados que ordenaron el embargo de los créditos respectivos.

Remítase al Director General 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.

**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**

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 18 de diciembre de 2017

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural solicita concepto de esta Sala en relación con la administración de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero, concretamente sobre la 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. Lo anterior, debido a que el Fondo Nacional del Ganado entró en proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 en su calidad de controlante de la Sociedad Frigoríficos Ganaderos de Colombia S. A. (FRIOGÁN S. A.) y como deudor solidario y garante de las obligaciones contraídas por esta última sociedad, es decir FRIOGÁN S. A. (sociedad en crisis).

## **I. Antecedentes**

Los antecedentes de la consulta elevada por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Menciona las Leyes 89 de 1993 y 101 de 1993, indicando que con la primera ley se estableció la cuota de fomento ganadero y lechero, se creó el Fondo Nacional del Ganado y se estableció que el manejo de los recursos provenientes del recaudo de dicha cuota deben ceñirse a los lineamientos de política del Ministerio; en la segunda Ley, artículo 30, se estableció que la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional agropecuaria o pesquera y que hayan celebrado contrato especial con el Gobierno nacional, además de la posibilidad de administrar los recursos a través de sociedades fiduciarias previo contrato especial con el Gobierno nacional.
2. En cumplimiento a las normas referidas el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural suscribió el contrato 026 de 2004 con FEDEGÁN, el cual tenía como objeto *“la administración, recaudo e inversión de la Cuota parafiscal de Fomento Ganadero y Lechero”* y *“cuyo plazo de ejecución venció el 31 de diciembre de 2015”*. El contrato se liquidó de manera bilateral y en el acta consta que se dejaron salvedades por las partes.
3. Transcribe el Ministro el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 el cual regula la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras

en los mismos términos del artículo 30 de la Ley 101 de 1993, pero incorpora tal disposición adicionalmente la administración temporal de dichas contribuciones por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el evento que la entidad administradora no esté en condiciones de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que deben regir la ejecución tales recursos.

4. Indica igualmente que: *“El Decreto 2537 de 2015, por medio del cual se adiciona el Título 5 a la parte 10 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y Desarrollo Rural, relacionado con la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales, estableció en el artículo 2.10.5.1 las razones especiales para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, señalando las siguientes: (...)*
  1. *Cuando en el ejercicio contable del año anterior los pasivos sean superiores al patrimonio.*
  2. *Cuando el Fondo sea o haya sido admitido en proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006 y normas concordantes, así como las normas que la modifiquen, deroguen o sustituyan.*
  3. *Cuando a la terminación del plazo de ejecución del contrato de administración respectivo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural considere necesario evaluar la situación del administrador y del sector respectivo, para garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que deba regir la ejecución de la contribución parafiscal correspondiente.*
  4. *Cuando el administrador se encuentre en situación de cesación de pagos o se haya ordenado en su contra embargos judiciales que afecten el cumplimiento del contrato de administración.*
  5. *Cuando las directivas del administrador sean objeto de sanciones penales o administrativas por hechos relacionados con la administración del Fondo.*
  6. *Cuando exista cartera en mora superior al 5% del recaudo, sin que se hayan iniciado los procesos ejecutivos de cobro.*
  7. *Cuando se apliquen recursos del Fondo a actividades no previstas en los objetivos dispuestos para cada fondo en la normatividad que lo regula”.*
5. Menciona que la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-010328 del 4 de agosto de 2015 admitió al Fondo Nacional del Ganado, administrado por la Federación Colombiana de Ganaderos, al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 y las normas que la complementen o adicionen, manifestando que *“Cabe anotar que conforme al artículo 9° de la Ley 1116 de 2006 el inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente”.*

En la parte de antecedentes de dicho Auto se manifestó:

- “2.2 Conforme al artículo 32 de la Ley 101 de 1993, el Fondo es un patrimonio autónomo con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y **desarrolla su actividad a través de FEDEGAN.** (...)”
- 2.5 El Fondo Nacional del Ganado es titular del 78.67% de las acciones suscritas de FRIOGAN S.A., inversión que se hizo en virtud de la autorización impartida por la Junta Directiva de FEDEGÁN.
- 2.6 El Fondo es garante, en calidad de deudor solidario de varias obligaciones contraídas por su controlada, esto es, FRIOGAN S.A., cuyo valor aproximado es \$46.593.045.947.
- 2.7 Friogan S.A. afronta una **crisis que le impide atender sus obligaciones, situación que compromete directamente al Fondo Nacional del Ganado, como codeudor.** (...)
- 2.8 La situación descrita genera una **incapacidad de pago inminente**, causal objetiva de reorganización, según lo previsto en la Ley 1116 de 2006.
3. Mediante escritos 2015-01-324720, 2015-01-325494 y 2015-01-327955, de 22 y 24 de julio de 2015, FEDEGÁN aportó certificados de existencia y representación legal de Friogan S.A., el último de ellos de 24 de julio de 2015, en el cual **consta la inscripción de la situación de control por parte del Fondo Nacional del Ganado, administrado por la federación Colombiana de Ganaderos** (resaltado fuera del texto original)”

En la parte de consideraciones del mencionado Auto se indicó:

“(...) b. en el certificado de existencia y representación legal de Friogan S.A., **consta la inscripción de control por parte del FNG, administrado por FEDEGÁN S.A.**

- c. Conforme a los argumentos expuestos en la solicitud, **el FNG es garante, en calidad de deudor solidario, de obligaciones contraídas por su controlada Friogan S.A., por \$46.593.045.947 por concepto de capital.**
- d. El FNG registra en su pasivo, con corte a 31 de mayo de 2015, obligaciones propias que ascienden a \$9.490.761.000, y además, como se vio, **garantizó de manera solidaria obligaciones adquiridas por su controlada hoy en crisis, lo que ubica al FNG en riesgo inminente de ejecución por parte de los acreedores debido a su incapacidad de pago.**
- e. La situación descrita corresponde a la incapacidad de pago inminente a que se refiere la causal del numeral 2 del artículo 9 de la Ley 1116 de 2006, que surge como consecuencia de la responsabilidad que podría asumir el FNG por el incumplimiento actual de las obligaciones de Friogan S.A., de manera que si este

*atendiera sus obligaciones, el FNG no estaría incurso en la causal de insolvencia. Por tanto, **su situación de crisis está ligada de manera necesaria a la crisis de su controlada, por lo que la solución debe ser integral** (resaltados fuera del texto original)”*

*“Así las cosas, se estableció la situación de control que ejercía el FNG, administrado por Fedegán, sobre Friogán S. A. Por lo demás, la intervención de Fedegán, a nombre del FNG, en la administración de Friogán S. A., se evidencia en la Actas de Asamblea General de Accionistas de Friogán S. A., la participación del FNG allí se realizaba por intermedio de los representantes de Fedegán”.*

6. Manifiesta el Ministro que la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-010330 del 4 de agosto de 2015 admitió a la Sociedad Frigoríficos Ganaderos de Colombia S. A., Friogán S. A., al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.
7. Señala igualmente el Ministro que *“el tipo de inversiones y/o garantías a que se refieren los autos de la Superintendencia de Sociedades no se encuentran ajustados al espíritu de la parafiscalidad, ni tampoco se aviene al cumplimiento de los objetivos previstos para los recursos del FNG, de conformidad con los objetivos señalados en el artículo 4 de la Ley 89 de 1993, y es la primera vez, en la historia de los fondos parafiscales del sector agropecuario, pesquero y de desarrollo rural, que uno de esos fondos debe acudir a la reorganización empresarial”.*
8. Continúa indicando en la consulta que:

*“De conformidad con los artículos 106 de la Ley 1753 de 2015 y 2.10.5.1 del Decreto 1071 de 2015, y ante el vencimiento del término del contrato suscrito con Fedegán, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural justificó mediante acto administrativo la modalidad de selección de contratación directa para llevar a cabo la administración temporal de la contribución parafiscal de carne y leche.*

*Para garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que deben regir la contribución parafiscal del Fondo de Fomento del Sector Ganadero y Lechero, y fundándose en lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 2.10.5.1 del Decreto 1071 de 2015, se consideró necesario evaluar la situación del sector y del anterior administrador, en este caso Fedegán, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el ingreso del FNG al proceso de reorganización empresarial”.*

9. Narra que la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-008393 del 26 de mayo de 2016 dispuso decretar la terminación del proceso de reorganización del Fondo Nacional del Ganado (FNG) y ordenó la celebración del acuerdo de adjudicación de bienes de dicho Fondo, el cual *“en adelante y para todos los efectos legales deberá anunciarse con la expresión “en liquidación por adjudicación”*”. Este Auto fue aclarado mediante el Auto 400-009203 del 13 de junio de 2016.

10. La Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-001540 del 14 de julio de 2016 decretó la terminación del proceso de reorganización de la Sociedad Friogán S.A. y ordenó su liquidación judicial.
11. Transcribe en la consulta los artículos (i) 24 de la Ley 222 de 1995 que establece la responsabilidad de los administradores en sociedades comerciales por perjuicios que le causen a la sociedad, a los socios o a terceros por dolo o culpa y consagra una presunción de culpa del administrador en casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, (ii) 78 de la Ley 1116 de 2006 que regula la Transparencia Empresarial y señala que **“...Los administradores de todas las empresas , en forma acorde con la organización del respectivo deudor que no tenga naturaleza asociativa, están sujetos a los deberes legales consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y a las reglas de responsabilidad civil previstas en el artículo 24 de la misma ley, sin perjuicio de las reglas especiales que le sean aplicables en cada caso (...)** (Resaltado fuera del texto original)”, (iii) 82 de la Ley 1116 de 2006 que establece la responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas dolosas o culposas; igualmente se consagra una presunción de culpa en casos de incumplimiento o extralimitación de funciones y (iv) 61 inciso final de la Ley 1116 de 2006 que establece una presunción en los siguientes términos: *“Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las situaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente”*. Se indica que es pertinente tener en cuenta los artículos 12 y 61 que establecen un régimen de responsabilidad de las matrices o controlantes respecto de la situación de las controladas.
12. Igualmente, fundado en lo previsto en el artículo 1º de la Constitución Política sobre la prevalencia del interés general, se indica en la consulta que

*“otros regímenes de liquidación de entidades que manejan recursos públicos (como son aquellos a que se refiere el caso que nos ocupa), prevén la protección de los recursos públicos sobre los intereses de los particulares. En ese sentido el artículo 1 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1105 de 2006, al regular el procedimiento de liquidación de las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, incluidas las Sociedades Públicas, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y las Empresas Sociales del Estado, preceptúa en su artículo 1 que “los vacíos del presente régimen de liquidación se llenarán con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan”. “Por su parte el inciso segundo, literal d), numeral 5, del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), prevé lo siguiente respecto de las entidades financieras, en cuanto manejan recursos del público:*

*“El Superintendente Bancario, dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha en que se haya decretado la toma de posesión de una entidad financiera con fines de liquidación, podrá abstenerse de autorizar la participación de administradores y revisores fiscales que*

se hubieren encontrado desempeñando dichos cargos a la fecha en que se haya decretado la medida”.

*Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que la Cuenta de la Cuota Parafiscal de Carne y Leche maneja recursos parafiscales, que son recursos públicos, podría considerarse que estamos ante un supuesto similar al regulado por la referida disposición del EOSF”.*

13. Señala en la consulta que de conformidad con el Decreto 947 de 2016, artículo 2:

*“En caso de que se ordene la liquidación de un fondo parafiscal del sector agropecuario y pesquero, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asumirá de manera temporal, por los términos máximos previstos en el artículo 2.10.5.3 del presente decreto, contados a partir de la fecha de la decisión de liquidación, a través de una fiduciaria contratada en las condiciones del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, la administración de las cuotas que se causen y deban recaudarse a partir del día siguiente al de la decisión de liquidación del fondo parafiscal respectivo. En ese sentido informará lo pertinente a los recaudadores de la cuota mediante una publicación en un diario de amplia circulación nacional y en la página web del Ministerio. El Ministerio adelantará, en coordinación con la fiduciaria contratada y/o las entidades que corresponda, los trámites necesarios para definir y organizar la nueva cuenta parafiscal, para lo cual se seguirán los parámetros legales establecidos para el fondo respectivo en la ley que lo regule, en concordancia con lo previsto en la Ley 101 de 1993 y en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015.*

***Así mismo el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural iniciará, dentro de los noventa (90) días siguientes a la decisión de liquidación, los procedimientos legales que correspondan para realizar la contratación del administrador de la cuota parafiscal de conformidad con la normatividad que resulte aplicable. Una vez perfeccionado el contrato, y conforme a las cláusulas del mismo, la fiduciaria le trasladará a la administradora contratada, para la respectiva administración, el saldo de los recursos de la cuota y bienes que hubiere recibido con posterioridad a la decisión de liquidación. Para el mismo efecto el Ministerio le trasladará a la administradora los remanentes resultantes en el trámite de liquidación que se le entreguen en la oportunidad correspondiente. (Negrillas fuera del texto original)”.***

14. En desarrollo de dicha disposición, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural inició el proceso de selección para contratar el nuevo administrador de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero, haciendo claridad sobre la no obligatoriedad de contratar dicha administración con Fedegán según sentencia 25000-23-41-000-2016-02477-00 del 9 de febrero de 2017 proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y confirmada por el Consejo de Estado, Sección Quinta, mediante sentencia con número de radicación 25000-23-41-000-2016-02477-01 de fecha 6 de abril de 2017.

15. Indica en la consulta que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ha recibido por parte de organizaciones ganaderas solicitud de elevar consulta al Consejo de Estado sobre la viabilidad de admitir la participación de Fedegán en el proceso

contractual teniendo en cuenta su relación como administrador del FNG en los hechos que condujeron a su liquidación, pese a que el Ministerio en ocasiones anteriores “se pronunció frente a la viabilidad de la participación de Fedegán en el proceso de selección”. El elevar la consulta al Consejo de Estado llevó al MADR a suspender la licitación pública en curso.

Es de anotar que revisada la página del SECOP se pudo constatar que el acto de apertura de la licitación pública No. MADR LP-002-2017 correspondiente al proceso de contratación relacionado con la consulta fue revocado por el MADR mediante la resolución 000443 del 6 de octubre de 2017.

Con base en lo antes reseñado formula las siguientes preguntas:

*“Teniendo en cuenta que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en virtud del inciso tercero del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 y del artículo 2.10.5.1 del Decreto 1071 de 2015, asumió temporalmente la administración del Fondo Nacional del Ganado, y por virtud del Decreto 947 de 2016 debe adelantar un proceso de licitación pública para seleccionar el nuevo administrador de la cuota parafiscal de Carne y Leche, pregunta:*

- a) *¿Existe aparte de las causales taxativas de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para contratar establecidas en la ley, alguna disposición, instrumento o figura jurídica en el ordenamiento colombiano vigente que permita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tener en cuenta la conducta del antiguo administrador del fondo parafiscal y las consecuencias de su gestión, dentro del proceso licitatorio que se encuentra en curso para efectos de viabilizar o no su participación en el mismo y de calificar y valorar la eventual propuesta que llegue a presentar?*
- b) *¿Puede acudirse en analogía a los artículos 24 de la Ley 222 de 1995, los artículos 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006, y el inciso segundo, literal d), numeral 5, del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), para que las situaciones señaladas anteriormente constituyan un impedimento y/o prohibición para que quien se encontraba administrando el fondo parafiscal, y participaba en la administración de la sociedad controlada, pueda participar en un proceso licitatorio que tiene como objetivo contratar al nuevo administrador del fondo o cuenta de contribuciones parafiscales?*
- c) *En caso de no haber ningún impedimento y/o prohibición que impida dicha participación, ¿es viable jurídicamente tener en cuenta en dicho proceso de selección, los antecedentes descritos en precedencia?”*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: (i) Naturaleza Jurídica del Fondo Nacional del Ganado; (ii) Naturaleza Jurídica de la cuota de fomento ganadero y lechero – contribuciones parafiscales; (iii) Administración de fondos parafiscales, en especial la

administración del Fondo Nacional del Ganado (FNG); (iv) Particulares que administran recursos parafiscales - Ejercicio de funciones administrativas; (v) Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los particulares que ejercen funciones administrativas – Interpretación restrictiva; (vi) Análisis de los artículos 24 de la Ley 222 de 1995; 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006 y 53, numeral 5, literal d), inciso segundo del EOSF – Serán situaciones que se constituyan en impedimento y/o prohibición para participar en un proceso contractual?; (vii) Alcance de los pliegos de condiciones – factores de evaluación de propuestas– prohibición de crear en los pliegos de condiciones causales de inhabilidad e incompatibilidad que limiten la libertad de concurrencia; (viii) Conclusiones.

### (i) Naturaleza Jurídica del Fondo Nacional del Ganado

Es importante precisar la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ganado pues es este fondo el que estuvo administrado por Fedegán, entidad gremial a la que la ley en un comienzo le atribuyó la competencia para el manejo de las cuotas de fomento ganadero y lechero<sup>681</sup> que entró, en el año 2015, al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.

La Ley 89 del 10 de diciembre de 1993 creó el Fondo Nacional del Ganado (FNG) como una **cuenta especial** para el manejo de los recursos parafiscales provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en dicha ley<sup>682</sup>. Su objeto “*consiste en adelantar acciones que benefician al sector económico al cual pertenecen quienes deben asumir el pago de la cuota (ibid, art. 4)*”<sup>683</sup> y su administración estuvo a cargo de la Federación Colombiana de Ganaderos (Fedegán), por disponerlo así la ley de creación como se indicó, debiendo dicha agremiación no solo atender los lineamientos de política del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sino las órdenes e instrucciones de la Junta Directiva del fondo. La misma ley determinó que el FNG tendría una Junta Directiva de composición mixta<sup>684</sup>, es decir conformada por representantes de la Nación y del sector ganadero.

La naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ganado como cuenta especial, fue reafirmada por la Ley 101 del 23 de diciembre de 1993 “*Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero*”, la que en su artículo 32 determinó que todos los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras constituirían fondos especiales<sup>685</sup>.

681 Ley 89 de 1993, artículo 7: “**ADMINISTRACIÓN.** <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Agricultura, contratará con la Federación Colombiana de Ganaderos (Fedegán), la administración y recaudo final de las Cuotas de Fomento Ganadero y Lechero...”

682 Ley 89 de 1993, artículo 3: “**FONDO NACIONAL DEL GANADO.** Créase el Fondo Nacional del Ganado, para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero, el cual se ceñirá a los lineamientos de políticas del Ministerio de Agricultura para el desarrollo del sector pecuario. El producto de las Cuotas de Fomento se llevará a una cuenta especial bajo el nombre de Fondo Nacional del Ganado, con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la presente Ley”.

683 Corte constitucional, Sentencia C-253 de 1995.

684 Ley 89 de 1993, artículo 5.

685 Ley 101 de 1993, artículo 32: “**FONDOS PARAFISCALES AGROPECUARIOS O PESQUEROS.** Los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras y los patrimonios formados por éstos, constituirán Fondos especiales en las entidades administradoras, las cuales estarán obligadas a manejarlos en cuentas separadas, de modo que no se confundan con los recursos y patrimonio propios de dichas entidades”.

Posterior a la creación del Fondo Nacional del Ganado y a la expedición de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero, el Estatuto Orgánico de Presupuesto - Decreto 111 de 1996, señaló en su artículo 29 (Ley 179 de 1994, artículo 12, Ley 225 de 1995, artículo 2) que el manejo, administración y ejecución de los recursos parafiscales se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea<sup>686</sup>, que para el caso del FNG es a través de una cuenta o fondo especial, tal como lo dispuso su ley de creación (Ley 89 de 1993).

Así mismo, el artículo 30 del Decreto 111 de 1996<sup>687</sup> (Ley 225/95, artículo 27), determina que los fondos especiales están constituidos por los ingresos (i) definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico y (ii) los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador. Esta segunda alternativa de fondos especiales es la asumida para el Fondo Nacional del Ganado.

De conformidad con la normatividad mencionada, la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ganado es la de ser una cuenta o fondo especial que carece de personería jurídica y en consecuencia, no tiene capacidad jurídica autónoma para actuar como sujeto de derecho por lo que debe ser administrado por una persona jurídica, que para su caso es una entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional de la actividad que genera las cuotas de fomento ganadero y lechero<sup>688</sup>. Dicho fondo no ostenta por tanto, la categoría de entidad pública o privada.

La Sala de Consulta y Servicio Civil ya se había pronunciado sobre la naturaleza del Fondo Nacional del Ganado, en los siguientes términos:

## **“2. El Fondo Nacional del Ganado (FNG). Naturaleza Jurídica.**

*Es el nombre de una **cuenta especial**, creada por el artículo 3 de la Ley 89 de 1993<sup>3</sup>, para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la contribución parafiscal que se establece en la misma ley: la cuota de fomento ganadero y lechero. El FNG se ceñirá a los lineamientos de políticas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para el desarrollo del sector pecuario. Es preciso anotar, que en la ley de su creación no se estableció que el Fondo Nacional del Ganado fuera una entidad pública, ni mucho menos que tuviese personería jurídica.*

*Ahora, para la época de su creación, diciembre 10 de 1993, el artículo 2 del Decreto – Ley 3130 de 1968<sup>4</sup>, establecía para los efectos allí previstos, la noción de “fondos – cuenta” como “un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el*

686 Decreto 111 de 1996, artículo 29: “Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable...” (Ley 179 de 1994, artículo 12, Ley 225 de 1995, artículo 2). Es importante mencionar que el artículo 12 de la Ley 179 de 1994 fue modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, norma esta última que fue declarada inexecutable con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2015, mediante la Sentencia C-052 de 2015. Se aclara que el artículo 12 de la Ley 179 de 1994 había sido modificado por el artículo 2 de la Ley 225 de 1995, ambas disposiciones compiladas en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996. Sobre los efectos de la inexecutable y la reviviscencia de las normas se hablará más adelante.

687 Decreto 111 de 1996, artículo 30: “Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador” (Ley 225/95, artículo 27).

688 Ley 101 de 1993, artículo 30 y Ley 1753 de 2015, artículo 106.

*cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en este señalados”.*

*Dada la anterior definición, vigente al momento de la creación del FNG, ¿podía sostenerse que este era una entidad pública?*

*Consultada la citada norma, así como el Decreto - Ley 1050 de 1968<sup>5</sup>, se observa que no se incluía a los “fondos – cuenta” dentro de la terminología por ellos utilizada de entidades descentralizadas, instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales, ni mucho menos hacían parte de la administración nacional, ni tampoco tenían como objeto, en principio, el manejo de recaudos provenientes de una contribución parafiscal.*

*Tal situación no varió con la expedición de la Ley 489 de 1998<sup>6, 7</sup>, vigente hoy día, en donde tampoco se aprecia que los fondos en general o, el FNG en especial, se mencionen como integrantes de la estructura de la administración pública o, de manera particular, como entidades públicas.*

*Por otra parte, y aunque es necesario advertir que la definición de entidades estatales prevista en la Ley 80 de 1993<sup>8</sup> es solo para los efectos de esa ley, ni siquiera allí se menciona a los fondos o al Fondo Nacional del Ganado. En consecuencia, el FNG no puede ser considerado una entidad pública. Su naturaleza es la de ser una cuenta especial para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la contribución parafiscal creada en la Ley 89 de 1993, con “destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos” en la misma ley<sup>9</sup>.*

*Habiéndose establecido que el Fondo Nacional del Ganado no ha sido considerado por la ley como una entidad pública, ¿podría sostenerse que reúne dicho carácter por manejar recursos públicos provenientes de contribuciones parafiscales?*

*Para resolver el anterior interrogante, la Sala hará una breve mención de la naturaleza jurídica de la cuota de fomento ganadero y lechero creada por la Ley 89 de 1993, cuyos recursos nutren el FNG.*

*...De esta manera, El FNG no puede ser considerado en términos generales y, según el sentido natural y obvio de la palabra<sup>22</sup>, una entidad, como quiera que no goza de personería jurídica. Ahora, si bien el FNG fue creado por la Ley 89 de 1993, y los recursos que lo componen, en su carácter de contribuciones parafiscales, son públicos, esa norma no estableció que el Fondo fuera una entidad pública, tal como se explicó en el punto 2 de este concepto. Tampoco puede ser una entidad privada, ya que su naturaleza y regulación legal no encuadra dentro de las formas establecidas por la Constitución y la ley para el ejercicio del derecho de asociación o la libre iniciativa privada.*

*Lo expuesto, lleva a la Sala a reiterar la naturaleza y funciones específicas del FNG como cuenta especial creada por ley para el manejo de unos recursos parafiscales<sup>9689</sup>.*

689 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto No. 1919 del 4 de septiembre de 2008. Las citas siguientes son del original del concepto: <sup>22</sup>Por la cual se establece la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero y se crea el Fondo Nacional del Ganado”. *Diario Oficial* No. 41.132

Esta misma Sala previo al concepto mencionado se había pronunciado igualmente sobre la naturaleza de los fondos constituidos con recursos parafiscales agropecuarios y pesqueros<sup>690</sup>.

## (ii) Naturaleza jurídica de la cuota de fomento ganadero y lechero – contribuciones parafiscales.

Como se indicó en el acápite anterior, a través de la cuenta especial denominada Fondo Nacional del Ganado se manejan los recursos provenientes del recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero con destino exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley 89 de 1993.

Estos recursos tienen la connotación de ser contribuciones parafiscales, tal como lo señala la misma norma de creación de la contribución<sup>691</sup>.

Las contribuciones parafiscales tienen su origen en la Constitución Política de 1991. El artículo 150 numeral 12, le otorga la atribución al Congreso de la República para “12. *Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley*”. (Resaltado nuestro). De igual forma, el artículo 338 *ibidem* señala que “*En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales...*”. (Resaltado nuestro).

Fue así como en ejercicio de la atribución constitucional otorgada al Congreso de la República, este cuerpo colegiado mediante la Ley 89 de 1993 creó la contribución parafiscal para el fomento del sector ganadero y lechero, tal como se indicó en líneas anteriores.

de diciembre 10 de 1993. / <sup>44</sup>Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional”. / <sup>54</sup>Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional”. / <sup>64</sup>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”. / <sup>7</sup>Los decretos 1050 y 3130, fueron derogados expresamente por el artículo 121 de la Ley 489. / <sup>84</sup>por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. / <sup>96</sup>Artículo 4°. Objetivos. Los recursos del Fondo Nacional del Ganado, se utilizarán preferencialmente en: 1. La comercialización de carne y leche destinada a los estratos sociales de medianos y bajos ingresos. 2. El apoyo a la exportación de ganado, carne y leche. 3. Cofinanciar la inversión en infraestructura física y social complementaria en zonas productoras. 4. La investigación científica y tecnológica y la capacitación en el sector pecuario. 5. La asistencia técnica, la transferencia de tecnología y la capacidad para incrementar la productividad en la industria ganadera. 6. La promoción de cooperativas cuyo objeto sea beneficiar a los productores y consumidores. 7. La financiación de programas y proyectos de fomento ganadero desarrollado por los fondos ganaderos con interés de fomento. 8. Efectuar aporte de capital en empresas de interés colectivo dedicadas a la producción, comercialización e industrialización de insumos y productos del sector pecuario. 9. La organización de industrias con sistemas eficientes de comercialización que permitan en ciertos casos subsidiar los precios de la carne y la leche, alimentos concentrados, subproductos de la carne y la leche, para los consumidores de bajos ingresos. 10. Los demás programas que, previa aprobación de la Junta Directiva del Fondo, procuren el fomento de la ganadería nacional y la regulación de los precios de los productos. Parágrafo 1°. El fondo deberá destinar, por lo menos un 10% de sus ingresos al fomento del consumo de leche y carne en favor de los sectores de bajos ingresos. Parágrafo 2°. Los programas de investigación se realizarán con las corporaciones mixtas que hacen parte del sistema nacional de ciencia y tecnología”. / <sup>22</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22 edición: “Entidad. Colectividad considerada como unidad. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como **persona jurídica**”. (Resalta la Sala).

690 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto No. 764 del 7 de diciembre de 1995. Señaló: “**2. Fondos especiales.** Por mandato expreso de los artículos 31 y 32 de la ley 101 de 1993 los recursos provenientes de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras pueden ser administrados directamente por estas a través de la constitución de fondos especiales, caso en el cual deben manejarse en cuentas separadas;” de modo que no se confundan con los recursos propios de dichas entidades” o mediante sociedades fiduciarias previo contrato especial con el Gobierno nacional. Tales fondos son públicos pero de naturaleza especial (sic) por cuanto el sujeto que los administra solo puede darles una destinación específica que, (sic) la señala la misma ley. Estos fondos carecen de personería jurídica, es decir, no tienen capacidad jurídica autónoma lo cual les impide actuar como sujetos del derecho. Ello también explica porqué solo pueden ser manejados o administrados por una persona jurídica. No forman parte de la hacienda por cuanto el Estado no puede disponer libremente de ellos”

691 Ley 89 de 1993, artículo 1º: “La contribución parafiscal para el fomento del sector ganadero y lechero se ceñirá a las condiciones estipuladas en la presente Ley, en los términos del numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Nacional”.

Posteriormente, con la expedición de Ley 101 de 1993 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero” el Congreso de la República definió las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras como aquellas que impone la ley a un determinado subsector agropecuario y pesquero para su mismo beneficio, en casos y condiciones especiales y por razones de interés general. Adicionalmente señaló que dichos ingresos no forman parte del Presupuesto General de la Nación<sup>692</sup>. Dichas contribuciones son administradas “directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas”<sup>693</sup>.

Luego de haberse expedido la Ley 89 de 1993 que creó la cuota de fomento ganadero y lechero y en consecuencia el Fondo Nacional del Ganado como mecanismo para el manejo de dichos recursos y la Ley 101 de 1993 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”, el Estatuto Orgánico de Presupuesto definió de manera general las contribuciones parafiscales, señalando:

**“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.**

*Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración*<sup>694</sup> (Resaltado nuestro).

La Corte Constitucional igualmente se pronunció sobre las características de las contribuciones parafiscales señalando lo siguiente:

*“Con base en los citados textos constitucionales, esta corporación desde sus inicios ha identificado y establecido las características de las contribuciones parafiscales, considerándolas expresión de la soberanía fiscal en cabeza del Estado. En sentencia C-308 de 1994 (julio 7), M. P. Antonio Barrera Carbonell, expresó:*

*“En nuestro ordenamiento jurídico la figura de la parafiscalidad constituye un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto -aunque en ocasiones se registre*

692 Ley 101 de 1993, artículo 29. “NOCIÓN. Para los efectos de esta ley, **son contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras** las que en casos y condiciones especiales, por razones de interés general, impone la ley a un subsector agropecuario o pesquero determinado para beneficio del mismo. Los ingresos parafiscales agropecuarios y pesqueros no hacen parte del Presupuesto General de la Nación”. (Resaltado nuestro).

693 Ley 101 de 1993, artículo 30 y Ley 1753 de 2015, artículo 106.

694 Decreto 111 de 1996, artículo 29 (Ley 179 de 1994, artículo 12, Ley 225 de 1995, artículo 2°). Sobre esta disposición se reitera la mención que se hizo en cita anterior, en el sentido de indicar que el artículo 12 de la Ley 179 de 1994 fue modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, norma esta última que fue declarada inexecutable con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2015, mediante la Sentencia C-052 de 2015. Este artículo 12 de la Ley 179 de 1994 había sido modificado por el artículo 2 de la Ley 225 de 1995, ambas disposiciones compiladas en el artículo 29 del Decreto 111 de 1996. Sobre los efectos de la inexecutable y la reviviscencia de las normas se hablará más adelante.

*en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado. No es con todo, un ingreso de la Nación y ello explica porque no se incorpora al presupuesto nacional, pero no por eso deja de ser producto de la soberanía fiscal, de manera que solo el Estado a través de los mecanismos constitucionalmente diseñados con tal fin (la ley, las ordenanzas y los acuerdos) puede imponer esta clase de contribuciones como ocurre también con los impuestos. Por su origen, como se deduce de lo expresado, las contribuciones parafiscales son de la misma estirpe de los impuestos o contribuciones fiscales, y su diferencia reside entonces en el precondicionamiento de su destinación, en los beneficiarios potenciales y en la determinación de los sujetos gravados”.*

*La sentencia C-152 de 1997 (marzo 19), M. P. Jorge Arango Mejía, sistematizó los rasgos sobresalientes de la figura en mención, de la siguiente manera:*

*“Según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las contribuciones parafiscales son:*

*1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;*

*2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;*

*3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;*

*4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa;*

*5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o ‘por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación’;*

*6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, para que se inviertan de conformidad con las normas que las crean, corresponde a la Contraloría General de la República;*

*7a. Las contribuciones parafiscales son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer ‘excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley’”.*

*3.2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 150-12 superior, corresponde al legislador fijar el régimen de las contribuciones parafiscales, lo que significa que tiene competencia para determinar lo concerniente a su recaudo, administración e inversión, actividades*

que conforme al Decreto 111 de 1996, que compiló las normas orgánicas presupuestales, pueden realizarse en virtud de contrato que al efecto celebre la Nación o, directamente, a través de los órganos que hacen parte del Presupuesto General...<sup>695</sup>.

De las disposiciones constitucionales y legales mencionadas y de la jurisprudencia referida se puede concluir que las contribuciones parafiscales son recursos públicos que crea la ley en virtud de su soberanía fiscal, no forman parte del Presupuesto General de la Nación pero son creadas para cumplir con los fines del Estado señalados en la Constitución Política, que para el caso de la cuota de fomento ganadero y lechero son los establecidos en los artículos 64, 65 y 66 de la Carta<sup>696</sup>. En consecuencia, las contribuciones parafiscales en general y en particular la cuota de fomento ganadero y lechero (agropecuarias), se caracterizan por:

Características Generales de las contribuciones parafiscales Decreto 111 de 1996	Características específicas de la contribución parafiscal de fomento ganadero y lechero (subsector agropecuario) Leyes 89 de 1993 y 101 de 1993, esta última disposición modificada por la Ley 1753 de 2015
Es un gravamen establecido por la ley.	Está creada por la Ley 89 de 1993.
De carácter obligatorio.	De carácter obligatorio.
Afecta a un determinado y único grupo social o económico.	Afecta al subsector ganadero y lechero (subsector agropecuario).
Se utiliza para beneficio del propio sector.	Está establecida en beneficio del subsector ganadero y lechero (subsector agropecuario).
El manejo, administración y ejecución se hace exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea.	El manejo, administración y ejecución está en cabeza de entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria... (Ley 1753 de 2015, artículo 106).
Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración. Si bien no lo menciona expresamente la norma, de su texto se deduce que las contribuciones parafiscales administradas por particulares no forman parte del presupuesto general de la nación.	No forman parte del presupuesto general de la nación.
Se destina solo al objeto previsto en la ley que las crea.	Su destino es exclusivo al cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley 89 de 1993.

695 Sentencia C-132 de 2009.

696 Constitución Política, artículo 64. "Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación <sic>, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos". / Artículo 65: "La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad". / Artículo 66: "Las disposiciones que se dicten en materia crediticia podrán reglamentar las condiciones especiales del crédito agropecuario, teniendo en cuenta los ciclos de las cosechas y de los precios, como también los riesgos inherentes a la actividad y las calamidades ambientales".

La Sala de Consulta y Servicio Civil también hizo un pronunciamiento sobre las rentas parafiscales, al resolver una consulta elevada sobre la aplicación de disposiciones contables expedidas en aquella oportunidad por el Ministerio de Hacienda a los fondos parafiscales o a las entidades que administren dichos recursos<sup>697</sup> y al conceptuar sobre las personas obligadas a recaudar la cuota de fomento ganadero y lechero correspondiente al precio del litro de leche<sup>698</sup>.

### (iii) Administración de fondos parafiscales, en especial la administración del Fondo Nacional del Ganado (FNG).

El artículo 7 de la Ley 89 de 1993 “*Por la cual se establece la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero y se crea el Fondo Nacional del Ganado*” le otorgó a la Federación Colombiana de Ganaderos (Fedegán) la administración y el recaudo final de las cuotas de fomento ganadero y lechero, previa la suscripción de un contrato con el Gobierno nacional a través del Ministerio de Agricultura, hoy Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural<sup>699</sup>.

Posteriormente la Ley 101 de 1993 “*Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero*”, en su artículo 30 señaló que la administración de las contribuciones agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada,

697 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 764 del 7 de diciembre de 1995. En dicho concepto se dijo lo siguiente: “**1. Rentas parafiscales.** No obstante imprecisiones y diferencias que se sucedieron entre distintas teorías, la noción de parafiscalidad, había sido aceptada por la jurisprudencia colombiana, antes de la vigencia de la Constitución que nos rige en la actualidad. La Constitución de 1991 introdujo el concepto de la parafiscalidad en los artículos 150-12, 179-3 y 338; en efecto, señala que el Congreso, en cumplimiento de sus funciones, podrá establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley; que no podrán ser congresistas quienes hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección; y que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. El artículo 150-12 le asigna al Congreso establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente contribuciones parafiscales, en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. El término “contribuciones fiscales”; significa ingresos corrientes del Estado que son recursos fiscales. Cuando se emplea la frase “contribuciones parafiscales”; se quiere significar que se trata de contribuciones de naturaleza propia que no hacen parte del presupuesto nacional, y dotados de un régimen jurídico especial. Las leyes, según el artículo 154 de la Carta, pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras. No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales. Por su parte, el artículo 359 de la Constitución Nacional prohíbe las rentas nacionales de destinación específica, con excepción de las participaciones en favor de las entidades territoriales, las destinadas a inversión social y las que en virtud de leyes anteriores hubieren sido destinadas a la previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías. En tal orden de ideas se concluye que la prohibición del artículo 359 no comprende a las contribuciones parafiscales que no afectan el fisco, no surgen como participación o transferencias de rentas nacionales, no son impuestos y por lo tanto cuentan con un régimen jurídico especial, distinto del consagrado para los ingresos tributarios de la nación. La Corte Constitucional ha sostenido que: “La parafiscalidad es una técnica del intervencionismo económico legitimada constitucionalmente, y destinada a recaudar por fuera del presupuesto nacional unos recursos destinados a una colectividad que presta un servicio de interés general. Dicha técnica se utiliza, por ejemplo, para el fomento de actividades agrícolas, de servicios sociales como la seguridad social, de la investigación científica y del progreso tecnológico, que constituyen todos intereses de gremios o colectividades especiales, pero con una relevante importancia social. Es por esta razón que el Estado impone el pago obligatorio de la contribución y presta su poder coercitivo para el recaudo y debida destinación de los recursos. Se trata, en últimas, de la aplicación concreta del principio de solidaridad, que revierte en el desarrollo y fomento de determinadas actividades consideradas como de interés general”.

698 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 914 del 16 de diciembre de 1996. En dicho concepto señaló: “**2.1 Las contribuciones parafiscales.** Están definidas legalmente como “los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable” (art. 29, decreto 111/96). La jurisprudencia constitucional le atribuye a la contribución parafiscal las siguientes características: es un tributo especial impuesto por el Estado en ejercicio de su soberanía fiscal, distinto a los impuestos y las tasas, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados; se puede imponer a favor de entidades públicas, semipúblicas o privadas que ejerzan actividades de interés general, las cuales pueden verificar y administrar los recursos recaudados, que no acrecientan el presupuesto nacional, departamental o municipal. Estas contribuciones, se denominan parafiscales porque están al lado de las fiscales, dado que “para” se usa aquí como prefijo y significa “junto a, al margen de, o al lado de”. Tanto las contribuciones fiscales como las parafiscales tienen carácter público; estas últimas porque su creación es de origen público, su destinación es de interés público, ingresan a una cuenta de carácter público y están sujetas al control y vigilancia del Estado”.

699 Ley 89 de 1993, artículo 7°. ADMINISTRACIÓN. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> “El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Agricultura, contratará con la Federación Colombiana de Ganaderos (Fedegán), la administración y recaudo final de las Cuotas de Fomento Ganadero y Lechero.

El respectivo contrato administrativo deberá tener una duración no inferior a diez (10) años, y en el cual se dispondrá lo relativo al manejo de los recursos, la definición y ejecución de programas y proyectos, las facultades y prohibiciones de la entidad administradora y demás requisitos y condiciones que se requieren para el cumplimiento de los objetivos legales, así como la contraprestación por la administración de las cuotas, cuyo valor será el cinco por ciento (5%) del recaudo anual...”

que para el caso de la contribución parafiscal de fomento ganadero y lechero quedará en cabeza de una entidad gremial que tenga representatividad en este sector. Esta administración puede realizarse bien directamente o a través de sociedades fiduciarias, en ambos casos previo contrato con el Gobierno nacional<sup>700</sup>. En el mismo sentido se expresó la Ley 1753 de 2015 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, artículo 106<sup>701</sup>.

Luego de la expedición de las Leyes 89 de 1993 y 101 de 1993, el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico de Presupuesto) que compiló los artículos 12 de la Ley 179 de 1994 y 2 de la Ley 225 de 1995, señaló que “*El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable*”<sup>702</sup>, es decir definió en la ley de creación de los recursos parafiscales la forma como los mismos serían administrados.

Vistos los antecedentes normativos referidos, la creación de una renta parafiscal por el Congreso de la República implica que adicionalmente se determine el régimen de tal contribución, régimen que contempla entre otros aspectos la competencia para su administración la cual puede recaer en particulares.

La Corte Constitucional en diversas sentencias se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la administración de los recursos parafiscales, reafirmando que es competencia del legislador al crear una contribución parafiscal definir todo lo relacionado con su administración y manejo. En la sentencia C-678 de 1998, al examinar la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 89 de 1993 que determinó expresamente que la cuota de fomento ganadero y lechero sería administrada por Fedegán, reafirmó la competencia del Legislador para definir la persona privada que administraría dichos recursos condicionando su exequibilidad a la existencia de una estructura democrática de la Federación en la que se garantice la participación de la colectividad beneficiada con dichos recursos.

700 Ley 101 de 1993, artículo 30. **ADMINISTRACIÓN Y RECAUDO.** “*La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.*”

*Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración...”*

701 Ley 1753 de 2015, artículo 106: **ADMINISTRACIÓN Y RECAUDO DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES AGROPECUARIAS Y PESQUERAS.** “*La administración de todas las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.*”

*Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno nacional. Este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración...”*

702 Decreto 111 de 1996, artículo 29. “*Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.*”

*Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración” (Ley 179/94, artículo 12. Ley 225/95, artículo 2°).*

Señaló la Corte:

### **“3.3 Violación del artículo 7° de la Ley 89 de 1993**

*Según el actor, la determinación específica del contratista para el recaudo de la cuota de fomento ganadero y lechero, la fijación del plazo mínimo del contrato y la contraprestación a favor de la entidad con la que se contrata, viola el Preámbulo y los artículos 2, 3, 4, 6, 29, 38, 95-5, 113, 114, 115, 121, 123, 136-1-4, 150-1.9, 12, 21 y su inciso final, 189-23, 209, 210, 273, 333 y 334 de la Constitución Política.*

*Dejando de lado el Preámbulo de la Carta, el cual como se anotó en su oportunidad, consagra principios y valores, es necesario, en primer lugar, señalar que la participación de los aportantes de la contribución parafiscal en su administración y recaudo, se fundamenta en el derecho constitucional consagrado en el inciso primero del artículo 2 de la Carta, el cual reconoce la “participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, ... de la Nación”. Por lo tanto, si una de las características de la parafiscalidad, es que quienes aporten los recursos se beneficien exclusivamente de ellos, forzosamente han de tener participación en lo que tenga que ver con el manejo e inversión de tales recursos.*

*En el presente caso, el artículo 7° de la Ley 89 de 1993 determina que el Gobierno a través del Ministerio de Agricultura contratará con Fedegán la administración y recaudo final de la cuota de fomento ganadero y lechero.*

*Fedegán agrupa asociaciones, federaciones, comités de índole departamental y municipal, así como fondos ganaderos y cooperativas lecheras, lo que significa, que Fedegán es el gremio aceptado a nivel nacional, como interlocutor válido de los ganaderos para trazar conjuntamente con el Gobierno las políticas dirigidas al desarrollo del sector pecuario. Por lo tanto, no cabe duda que la intención del legislador al expedir la Ley 89 de 1993, artículo 7° consulta el espíritu constitucional consagrado en el artículo 2° superior.*

*El artículo 150-12 de la Constitución Política faculta al Congreso para establecer contribuciones parafiscales “...en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”.*

*La norma citada faculta al Congreso para establecer por medio de leyes y excepcionalmente, contribuciones parafiscales. En desarrollo de esta atribución constitucional, fue expedido el Decreto 111 de 1996, –Estatuto Orgánico del Presupuesto–, cuyo artículo 29 establece: “Artículo 29. Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio propio del sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio.*

*“Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del presupuesto general de la nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar*

*la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración”.*

*Es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en las cuales se determinan las características esenciales de las contribuciones parafiscales, que son obligatorias, que gravan únicamente a un grupo, gremio o sector económico, y que se destinan, exclusivamente en beneficio de ese grupo.*

*Por otra parte, el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 contempla dos formas de administración de los recursos parafiscales, a saber, los que se administran por particulares en virtud de contratos que celebra la Nación (inciso primero) y los que se administran por los órganos que forman parte del Presupuesto Nacional (inciso segundo), los primeros, es decir los administrados por los particulares, no se incorporan en el presupuesto de la Nación, al paso que los segundos si se incorporan pero solo para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales. Por lo tanto, como ya lo ha señalado esta Corporación, es principio esencial de la parafiscalidad, que sus rentas no hagan parte de los ingresos corrientes de la nación.*

***En este orden de ideas, dada la naturaleza excepcional de los recursos parafiscales, cuando el Congreso crea una renta de carácter parafiscal, debe señalar su régimen, lo cual implica que regule su administración, recaudo e inversión, tanto más, que su excepcionalidad no las despoja de su naturaleza pública, por lo que es perfectamente válido que el legislador al expedir la ley que las establece determine con todo detalle las condiciones, modalidades y peculiaridades (sic) de esa administración de recursos públicos por parte de los particulares.*** (Resaltado nuestro).

*En nuestro país, el legislador por lo general, al establecer contribuciones de carácter parafiscal, ha determinado la persona privada que se encargará de la administración de los recursos y de su recaudo...*

*Es más, el concepto de autorizaciones de la Constitución Política de 1991 (art. 150-12) se encontraba consagrado en la Constitución de 1886 en su artículo 76 numeral 11, en el cual se otorgaba al Congreso la facultad para conceder autorizaciones al Gobierno para la celebración de contratos. Es así, como bajo al (sic) vigencia de la Carta de 1886, se expidieron las leyes 67 de 1983, 51 de 1966 y 101 de 1963, por medio de las cuales se modificaron unas cuotas de fomento y se crearon unos fondos, se creó la cuota de fomento para el cultivo de cereales y se creó la cuota de fomento arrocero, respectivamente, en todas ellas, el legislador determinó la entidad privada con la cual habría de celebrarse el contrato respectivo...*

*Así las cosas, en relación con el artículo 7° de la Ley 89 de 1993, aquí demandado, la Corte Constitucional declarará su constitucionalidad, condicionada a la existencia de una real estructura democrática de la Federación Colombiana de Ganaderos, en cuanto por medio de instrumentos efectivos, se garantice la participación de todos los gravados con la cuota de fomento ganadero y lechero cuya administración y recaudo final se otorga por el Estado,*

*en virtud del contrato que con esa Federación habrá de celebrarse. Ello significa, entonces, que si esa estructura democrática resultare inexistente, el contrato aludido carecería entonces de soporte constitucional, por cuanto habría, en tal caso un objeto ilícito, por lo que la exequibilidad, entonces habrá de ser condicionada a este requisito*<sup>703</sup>.

Luego con la expedición de la Ley 101 de 1993, mediante Sentencia C-651 de 2001 se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 30 que regula la administración y recaudo de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras. Si bien el cargo estaba formulado respecto del inciso segundo de la mencionada disposición que permite que las colectividades beneficiarias de dichas contribuciones las administren a través de sociedades fiduciarias por considerar el demandante que se violaba el artículo 355 de la Constitución Política, la Corte hizo un análisis de la naturaleza de dichos recursos y de la administración por particulares, precisando la forma de adjudicación de los contratos cuando exista pluralidad de entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional.

Dijo lo siguiente:

*“3.6.3.1. Sobre la competencia constitucional del legislador para autorizar los contratos que han de celebrarse para el recaudo, administración y ejecución de recursos parafiscales creados por la propia ley.*

*En la Sentencia C-678 de 1998, ya citada, que puso fin a un proceso donde se discutía, entre otras materias, la competencia del legislador para señalar de manera específica (sic) la entidad de carácter gremial llamada a celebrar el contrato para el recaudo, administración y destinación de una contribución parafiscal, precisó la Corte: ...*

Entonces, ha de afirmarse que la competencia constitucional del legislador para determinar, en casos como el que es objeto de análisis, la entidad privada con la cual habrá de celebrarse el contrato respectivo emana tanto del artículo 150-12- que habilita al legislador para establecer las condiciones dentro de las cuales se realice la gestión de una determinada contribución parafiscal, como del numeral 9 del mismo artículo constitucional, que prevé que el Congreso puede autorizar al Gobierno para celebrar contratos, en concordancia con el artículo 189-23, que asigna al Presidente de la República la función de “celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y a la ley”....

*De otra parte, la Corte, cuando ha declarado la exequibilidad de normas legales que autorizan la celebración de contratos con una entidad determinada de carácter gremial para la gestión de contribuciones parafiscales, ha tenido en cuenta el criterio que, para el caso de las referidas a un subsector agropecuario, fija la Ley 101 de 1993, esto es que se trate, como ya se expresó de entidades que reúnan “condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria ”y cuyos organización y funcionamiento sean democráticos<sup>5</sup>. Al respecto conviene destacar que estas exigencias evidencian la diferencia de tratamiento*

<sup>703</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-678 de 1998.

frente a las establecidas por la propia Constitución, para los supuestos puramente de “fomento” de las actividades propias de las entidades de origen privado previstas en el segundo inciso del artículo 355, esto es, que se trate de entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, en el ámbito donde se desempeñan, conforme a lo analizado en esta misma sentencia.

*En cuanto a las condiciones que se han mencionado respecto de la celebración de los contratos para la gestión fiscal de las contribuciones parafiscales, debe indicar la Corte que en la medida en que el legislador no señale la entidad encargada de la gestión de la contribución parafiscal, corresponderá al Gobierno la designación de la misma; igual regla se ha de seguir cuando la institución inicialmente determinada por el legislador no reúna los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección o esas características hayan perdido su vigencia en el tiempo.*

*Así mismo, es pertinente destacar, en armonía con lo anteriormente expuesto, que si bien la orientación plasmada en las disposiciones acusadas encuentra claro respaldo constitucional, también lo tendrá el que, a partir de la previsión legal general, cuando en un subsector agrícola, como lo es el cafetero, existan dos o más entidades que reúnan idénticas condiciones de representatividad nacional y organización y funcionamiento internos democráticos exigidas por la ley, se escoja, con observancia del principio de transparencia, a cualquiera de ellas. Igual regla debe predicarse, cuando conforme a las cláusulas estipuladas en los respectivos contratos se venza el término de los mismos”<sup>704</sup>.*

Igualmente en Sentencia C-298 de 1998, la Corte Constitucional declaró **“EXEQUIBLE** la expresión “el manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la Ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella”, del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), siempre y cuando se entienda que esta norma hace referencia no solo a la ley que crea la contribución parafiscal sino también a aquellas normas legales posteriores que la hayan modificado”. Es decir, se reafirmó la competencia de legislativo para definir la forma y las personas competentes para la administración de los recursos parafiscales.

En conclusión, la administración de la cuota de fomento ganadero y lechero está en cabeza de una entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional, administración que puede realizarse bien directamente o a través de sociedades fiduciarias, en ambos casos previo contrato con el Gobierno nacional. La ley puede determinar cuál es la entidad gremial que administre dichos recursos parafiscales, pero en el evento que existan varias entidades gremiales que cumplan con las condiciones exigidas por la ley se seleccionará una de ellas siguiendo los procedimientos previstos en desarrollo del principio de transparencia. Lo anterior sin perjuicio de la administración temporal que asuma el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural cuando se presenten las situaciones señaladas en la ley para tal fin.

704 Corte Constitucional, Sentencia C-651 de 2001. La cita siguiente es del original del texto: <sup>5</sup>Entre otras Sentencias C-678 de 1998 M. P. Alfredo Beltrán Sierra y C-536 de 1999 M. P. Fabio Morón Díaz. En la primera de ellas se expresa que tal exigencia halla fundamento en que “...todos los intereses que conforman el sector gravado parafiscalmente se encuentren adecuadamente representados y puedan incidir en la forma de manejo de tales recursos” y en esos términos desarrolla cabalmente el artículo 2° de la Constitución.

Las entidades gremiales son entidades privadas, es decir son particulares que ejercen funciones administrativas. Fedegán entidad que fungía como administradora del Fondo Nacional del Ganado hasta el 31 de diciembre de 2015 es una “*asociación gremial, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de nacionalidad colombiana*”<sup>705</sup>.

#### (v) Particulares que administran recursos parafiscales - Ejercicio de funciones administrativas

La función administrativa es ejercida por órganos públicos y privados cuando esta es asignada por la ley. En un modelo de Estado Constitucional la función administrativa “*está conformada por todo el espectro material de atribuciones propias, no de un poder específico del Estado, sino de todos ellos, y de los particulares cuando ejerzan funciones públicas administrativas, funciones que se traducen en el ejercicio o acción finalística y material de atribuciones tendientes a la satisfacción de los intereses públicos y generales*”<sup>706</sup>. El ejercicio de funciones administrativas por particulares es una forma de descentralización por colaboración. “*Según Jorge Enrique Ayala Caldas la descentralización por colaboración consiste “En que personas privadas o particulares, naturales o jurídicas, prestan funciones administrativas en interés general o prestan un servicio público, como en el caso del aseo”*”<sup>707</sup>.

El ejercicio de funciones administrativas por particulares tiene su fundamento constitucional en el artículo 210<sup>708</sup>, disposición que delega en la ley las condiciones en que dichas funciones deben ser cumplidas. No precisó la norma constitucional el alcance de la expresión “los particulares” por lo que estos pueden ser una persona natural o una persona jurídica. La Corte Constitucional en Sentencia C- 091 de 1997 se refirió al alcance del artículo 210 constitucional de la siguiente manera:

*“Como la Constitución no distingue, hay que entender que “los particulares” pueden ser **personas naturales o personas jurídicas**. ¿En qué condiciones cumplen los particulares funciones administrativas? En las condiciones que señale la ley, como lo prevé la norma constitucional. Es el mismo principio consagrado por el último inciso del artículo 123 de la misma Constitución, en lo que tiene que ver con desempeño temporal de funciones públicas: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”. La Constitución asigna al legislador la facultad de establecer **cuándo los particulares pueden cumplir funciones administrativas y en qué condiciones**”*<sup>709</sup>.

705 Estatutos Fedegán. Disponible en: [static.contextogadadero.com/Publicaciones/ESTATUTOS\\_FEDEGAN\\_35\\_Congreso\\_Ganadero\\_2016.pdf](http://static.contextogadadero.com/Publicaciones/ESTATUTOS_FEDEGAN_35_Congreso_Ganadero_2016.pdf) Consultado el 9 de noviembre de 2017.

706 Santofimio, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Primera Ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2017, 133 p. ISBN: 978-958-772-795<sup>1</sup>

707 Canizales Herrera, Laura Milena y LEÓN, Galeano Carolina Fernanda. Particulares que ejercen funciones públicas para la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tesis (Director Hernán Alejandro Olano García MSc., PhD). Bogotá Colombia: Universidad de la Sabana Puente El Común, Chia, Centro de Investigaciones Sociojurídicas – Facultad de Derecho, 2004, 23 p. Disponible en: <https://intelectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5391/129363.pdf?sequence=1> Consultado el 7 de noviembre de 2017. La cita siguiente es del origen del texto: 8Ayala Caldas, Jorge Enrique. Elementos del derecho administrativo general. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D. C. 1999, p. 131.

708 Constitución Política, artículo 210. “*Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.*

*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”.* (Resaltado nuestro).

709 Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 1997.

En virtud de dicha delegación constitucional, la Ley 489 de 1998, Capítulo XVI, artículos 110 al 114 y la Ley 734 de 2002, Libro III, Título I, artículos 52 al 57 entraron a regular el ejercicio de funciones administrativas por particulares.

Dentro de los particulares que ejercen funciones administrativas se encuentran aquellos que administran recursos parafiscales, por atribución directa de la ley. La Corte Constitucional así lo ha reconocido. En Sentencia C-085 de 2014 señaló:

## **“2. El ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares**

*En el ordenamiento colombiano se ha previsto la posibilidad de que los particulares desempeñen funciones administrativas. En primer lugar el artículo 2º de la Constitución, al referirse a los fines esenciales del Estado, previó que uno de estos fines consiste en facilitar la participación de todos en la vida administrativa de la Nación; manifestación que es concretada, en el capítulo referido a la función pública, por el segundo inciso del artículo 210 de la Constitución, que consagra la posibilidad de que “[l]os particulares pued[a]n cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.*

*En desarrollo de la posibilidad prevista en el artículo 210 de la Constitución, el artículo 110 de la ley 489 de 1998, incluido en el capítulo XVI -Del ejercicio de funciones administrativas por particulares-, previó que en estos casos la entidad administrativa titular de la función sería la encargada de (sic) regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función asignada a los particulares. Así mismo, el artículo 112 del citado cuerpo normativo al referirse de forma expresa al régimen jurídico de los actos y contratos que expidieran o celebraran los particulares en ejercicio de dichas funciones consagró que “[l]a celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifica la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, **los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos.** Igualmente si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales” –negrilla ausente en texto original–.*

*Así, por expreso mandato legal, los actos expedidos en ejercicio de funciones administrativas por los particulares tienen la condición de actos administrativos y, por consiguiente y con fundamento en lo concluido en la consideración anterior, deberán respetar las reglas relativas al debido proceso administrativo.*

*Con base en esta regulación constitucional y legal, habrá de determinarse si la función de administrar recursos parafiscales constituye una función administrativa ejercida, en los casos de actividades agropecuarias y pesqueras, por entidades gremiales de naturaleza particular.*

## **3. La administración de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras.**

*La jurisprudencia ha identificado distintas maneras de vincular a los particulares en el ejercicio de funciones administrativas. Uno de los eventos en que los particulares*

realizan dichas funciones es precisamente cuando recaudan y administran contribuciones parafiscales. Al respecto manifestó en la sentencia C-482 de 2002:

“[C]onstitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que ha enunciado:

- a) **La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador, para cada caso, señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.**

***Esta ha sido la modalidad utilizada, cuando el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales, para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado y propendan mediante ellos, a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus prístinas e indispensables finalidades...”***

*Argumento que fue reiterado por la Sala Plena de la Corte Constitucional con ocasión de la Sentencia C-819 de 2004, en la que se estudió la adecuación constitucional de la asignación del Sistema de Información e Identificación de Ganado Bovino a Fedegán.*

*En armonía con las anteriores consideraciones, y de específica relevancia para el problema jurídico que ahora resuelve la Sala, se ha reconocido que el proceso por el cual la administradora de contribuciones parafiscales determina el monto de la deuda que tiene el sujeto pasivo, constituye una actuación administrativa que, en tanto ejercicio de función administrativa, culmina con la expedición de un acto administrativo de carácter definitivo<sup>13</sup>710.*

En consecuencia, las entidades gremiales autorizadas por la ley para administrar recursos parafiscales son particulares que ejercen funciones administrativas, como es el caso de Fedegán que en su momento estuvo administrando los recursos provenientes de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero.

#### **(v) Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los particulares que ejercen funciones administrativas – Interpretación restrictiva**

Las personas gozan del derecho fundamental constitucional a la libertad. Esta libertad en materia contractual se ve reflejada en la facultad que tienen para adquirir derechos y contraer obligaciones, libertad fundada igualmente en el principio de la autonomía de la voluntad y consecuentemente en la capacidad y habilitación para establecer vínculos

710 Corte Constitucional, Sentencia C-085 de 2014. La cita siguiente es del origen del texto<sup>13</sup>Principio de decisión manifestado cuando fue sometido a la consideración de la Sección Cuarta un caso en que se presentó acción de nulidad contra la *conformidad con el monto de deuda* expedida por la DIAN, y no contra el acto expedido por el administrador del Fondo. Sección Cuarta, Consejo de Estado, Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicación 17702.

jurídicos. Igualmente, el Estado tiene la facultad de intervenir para evitar que ciertas personas participen en procesos de contratación con el fin de proteger el interés general y es así, como la Constitución y la ley definen las causales de inhabilidad e incompatibilidad que limitan los derechos de las personas a participar en procesos contractuales y a celebrar contratos<sup>711</sup>.

Al ser las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para participar en los procesos de contratación que adelanta el Estado y para la celebración de los contratos una limitación a un derecho que tienen las personas, se erigen en disposiciones de orden público y por ende de interpretación restrictiva, son de reserva legal y no pueden aplicarse en forma análoga. Esta interpretación restrictiva no solo se predica en asuntos contractuales sino en toda clase de prohibiciones, v. gr. en los procesos disciplinarios, en materia electoral, etc.

La jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado sobre el carácter restrictivo de la interpretación de las normas que limitan la libertad de las personas. La Corte Constitucional señaló sobre el particular:

“En relación con las inhabilidades e incompatibilidades para contratar dijo esta Corte en la sentencia C-415/94<sup>2</sup> lo siguiente:

*“Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; Ley 80 de 1993, art. 6°). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (Ley 80 de 1993, art. 44)”*

***“El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o esta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”***. (Resaltado nuestro) (...)”<sup>712</sup>.

711 Sobre este tema ya se había pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en varios conceptos, entre los que se encuentran el No. 2260 del 10 de agosto de 2015 y el No. 2264 del 27 de agosto de 2015.

712 Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 1996. La cita siguiente es del original de la Sentencia: <sup>2</sup>M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En igual sentido, la doctrina ha manifestado:

*“En cuanto son prohibiciones para contratar y, por ende, limitan la libertad de las personas, su interpretación, en concepto de la inmensa mayoría de nuestra doctrina y aun de nuestros Tribunales, ha de ser estrictamente restrictiva. Quiere decir que cuando una situación determinada, por lógica que parezca, no encaja perfectamente con la premisa mayor de la disposición, no es dado al intérprete aplicarla a la situación determinada. Significa que la analogía no es admitida y taxativas son las causales legales de inhabilidad e incompatibilidad”<sup>713</sup>.*

Adicionalmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptualizado en varias oportunidades sobre el alcance restrictivo de la interpretación que debe dársele a las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Se trae a colación apartes del Concepto No. 2260 del 10 de agosto de 2015 en el cual se hace un análisis profundo de dicho régimen soportado en jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado. Este mismo análisis jurídico fue reiterado por la Sala en Concepto 2264 del 27 de agosto de 2015. Dijo la Sala:

**“4. Interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Proscripción de la analogía en la materia**

*La jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, así como las providencias de la Corte Constitucional, de forma consistente, reiterada y pacífica han determinado que la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de naturaleza restrictiva, en tanto que no es posible añadir a través de la analogía hipótesis adicionales a las comprendidas en la Constitución Política y en la ley.*

*La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha definido que cuando alguna norma legal disponga un supuesto de hecho como constitutivo de inhabilidad, habrá de interpretarse de manera restrictiva:*

*“Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6° de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido”<sup>106</sup>.*

*“Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos en relación con la contratación estatal, están previstas en la Ley 80 de 1.993, de manera general, y en algunos otros estatutos con carácter especial para determinadas actividades, **en forma taxativa y son de aplicación restrictiva**. Es decir que no pueden alegarse inhabilidades o incompatibilidades que no correspondan en un todo a las conductas descritas y penalizadas por el legislador, o que se deriven de la aplicación analógica o extensiva de dichas conductas”<sup>107</sup>.*

713 Dávila Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera Ed. Bogotá. Legis, 2016, 148 p. ISBN Papel: 978-958-767-329-6.

*En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que “el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado...”<sup>108</sup>.*

*Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado, coherente con lo anterior, que las causales de inhabilidad e incompatibilidad “tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva”<sup>109</sup> y, por ende, que las entidades estatales deben ceñir su actuación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que no le está dado “crear nuevas causales de inhabilidad o incompatibilidad y mucho menos hacer analogías que en la práctica conducen a reemplazar al legislador”; cualquier acto administrativo en el que se establezcan tales situaciones o que adelanten labores hermenéuticas de índole analógica, es susceptible de ser declarado nulo “por contravenir el orden jurídico”<sup>110</sup>.*

*Adicional a lo anterior, desde la perspectiva de la moralidad administrativa y de la ética pública como fundamentos que dieron lugar al establecimiento del régimen, se afirma por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil que “aun cuando las inhabilidades e incompatibilidades tienen un afán moralizador no constituyen normas morales, en el sentido de que su existencia depende únicamente **de la ley** y no de la convicción moral de una persona o de un grupo social”<sup>111</sup>, de manera que precisan de la consagración constitucional o legal respectiva, para su existencia.*

*En ese orden de ideas, se toma como punto de partida la circunstancia de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye una limitación a la libertad de las personas, manifestada en la capacidad de contratar con el Estado, y hay unanimidad respecto de la imposibilidad de formular hipótesis interpretativas que añadan causales de inhabilidad e incompatibilidad más allá de las que se encuentran dispuestas en los textos constitucionales y legales<sup>112</sup>.*

*La Sala considera conveniente invocar en esta ocasión uno de los criterios interpretativos comprendidos en el Código Civil, para brindar una fundamentación adicional respecto de la taxatividad de tales causales y de su interpretación restrictiva, sin perjuicio de lo que ha sido usual en los pronunciamientos de esta Sala sobre el asunto. Así, el artículo 31 del Código Civil explica que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”; en tanto que “la extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”<sup>113</sup>.*

*En atención a lo expuesto hasta el momento, la Sala quiere hacer énfasis en que el carácter taxativo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual no permite incorporar o aplicar causales no previstas en el ordenamiento jurídico de manera expresa, así como la imposibilidad de añadir supuestos de hecho diferentes con base en la analogía, no impiden al intérprete jurídico fijar el alcance de cada una de las hipótesis comprendidas expresamente en las normas constitucionales y legales, con base en la aplicación de los diferentes principios y cánones hermenéuticos.*

Al respecto han indicado esta Sala y la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente:

*“Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que si bien en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no cabe la analogía y se impone una interpretación restrictiva, ello no impide la interpretación de las normas que las consagran desde un punto de vista finalista o teleológico, en orden a que queden cobijadas aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma”<sup>714</sup>.*

*“La interpretación puede realizarse mediante diversos métodos, entre otros, por el exegético, sistemático, sociológico, teleológico o finalista, y en estos eventos la ley se aplica a un caso realmente contemplado en ella. En cambio, la aplicación analógica de la ley supone la aplicación de la ley a un evento no previsto por el legislador... Las normas pueden interpretarse en forma sistemática o extensiva, lo cual no comporta la aplicación de la norma a casos no contemplados en ella. En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente”<sup>715</sup>.*

*En ese orden de ideas, dentro del análisis del contenido de la inhabilidad comprendida en el literal j del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, habrá de cumplirse una labor hermenéutica para dilucidar su alcance, para revivir el espíritu que habita en la letra de la norma, cuestión que no implica la creación de inhabilidades e incompatibilidades por fuera de los casos comprendidos en las normas”<sup>714</sup>.*

De acuerdo con lo explicado, para que se le pueda prohibir la participación a un particular en un proceso de contratación se debe configurar alguna de las causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición señaladas expresamente en la constitución y en la ley. No puede la administración pública invocar una causal para hechos que no encajen de

714 Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2260 del 10 de agosto de 2015. Las citas siguientes son del original del texto: <sup>106</sup>Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, exp. n.º 925, Concepto del 30 de octubre de 1996. / <sup>107</sup>Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2004, exp. n.º 1578. / <sup>108</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994/ <sup>109</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715 / <sup>110</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. n.º 20.395. / <sup>111</sup>Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114. / <sup>112</sup>Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de abril de 2006, exp. n.º 1732: “Las razones de interés general en que se fundamenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el estatuto de contratación estatal... han llevado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación a determinar que las normas que lo fijan son de naturaleza exceptiva y su interpretación debe hacerse con carácter restrictivo. Precisamente por poseer este carácter, su aplicación debe ajustarse estrictamente a los presupuestos que para cada causal haya señalado el legislador...” / <sup>113</sup>El artículo referido comprende los criterios de interpretación textual restrictiva y extensiva. El primero se explica con base en el principio de “*expressio unius est exclusio alterius*”, el cual significa que la expresión de uno es la exclusión del otro, de manera que en el evento en que se haya realizado una lista de causales, actividades o supuestos fácticos, para determinar el contenido y alcance de un texto, se deberá entender que comprende solamente lo que en él se expresó. Por el contrario, el criterio de interpretación extensiva, expuesto bajo la máxima “*ejusdem generis*”, indica que frente a los listados comprendidos en textos jurídicos, se considerarán incorporadas aquellas cosas que a pesar de no estar incluidas expresamente, son de la misma clase o condición de aquellas que si se plasmaron.

En relación con estas máximas interpretativas, la Sala aprecia que el sentido de la ley es “*genuino*” cuando se lo interpreta para restringir las hipótesis de inhabilidad a los casos especificados en la norma, en función de la naturaleza de la norma como excepción al régimen general de la libertad contractual. En consonancia, huelga concluir que no procede la interpretación extensiva en atención al origen y a los cometidos de la norma, debidamente explicados con anterioridad. Ahora bien, habida cuenta de que el artículo 31 remite a los demás criterios hermenéuticos, la Sala considera conveniente señalar que en atención a lo prescrito por el artículo 28, en su primera parte, es decir la regla según la cual: “*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas*”, resulta natural y obvio entender que un listado que limita el derecho que tienen las personas para la participación en licitaciones y celebración de contratos con el Estado, es de interpretación restrictiva. / <sup>114</sup>Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de octubre de 2009, exp. n.º 1966. / <sup>115</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14.652.

manera exacta en una causal. La aplicación de causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición por analogía está proscrita, pues las normas que contienen prohibiciones y por ende limitan derechos de las personas son de orden público y de interpretación restrictiva.

Ahora bien, dado que los particulares que administran recursos parafiscales ejercen funciones administrativas como quedó visto, cabe preguntarse ¿Cuáles son las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones aplicables a ellos?

Al respecto, 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*”; en su artículo 113 señala:

**“Artículo 113. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.** *Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.*

*Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado”.*

De otro lado, el Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002 regula en el Libro III un régimen especial para los particulares que son sujetos disciplinables. Expresa en el artículo 52 que “*El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos*”<sup>715</sup>.

Como sujetos disciplinables se encuentran los particulares que administran recursos públicos u oficiales, definidos por la misma disposición como “*aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos*”<sup>716</sup>.

<sup>715</sup> Ley 734 de 2002, artículo 52.

<sup>716</sup> Ibidem, artículo 53 <Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente>: “**SUJETOS DISCIPLINABLES.** *El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.*

*Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.*

*Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.*

*No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.*

<Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> *Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva”.*

La ley señala igualmente que el régimen disciplinario comprende las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses de los particulares que administren recursos públicos, entre otros sujetos y determina las situaciones que constituyen estas limitaciones. Dice el artículo 54:

*“Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:*

1. *Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.*
2. *Las contempladas en los artículos 8o. de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.*
3. *Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.*

Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir”<sup>717</sup>.

Dado que son dos las leyes que se refieren a las causales de inhabilidad, incompatibilidad y prohibición de particulares que ejercen funciones administrativas, como es el caso de las entidades gremiales que administran los recursos parafiscales de fomento ganadero y lechero del Fondo Nacional del Ganado, se procederá, para una mayor claridad, a identificar cada una de dichas causales:

Ley	Inhabilidad/ Incompatibilidad/ Prohibiciones	Desagregación de las inhabilidades/ Incompatibilidades/Prohibiciones
Ley 489 de 1998 (artículo 113)	Las aplicables a servidores públicos, en relación con la función conferida (para los representantes legales) <sup>920</sup> .	<b>Constitución Política artículo 126.</b> <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera ...

717 Ibidem, artículo 54.

718 El desarrollo de esta causal de inhabilidad/Incompatibilidad/Prohibición en la columna correspondiente a Desagregación de las inhabilidades / Incompatibilidades / Prohibiciones, tuvo como fundamento lo señalado en el siguiente documento: Canizales Herrera, Laura Milena y León, Gateano Carolina Fernanda. Particulares que ejercen funciones públicas para la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tesis (Director Hernán Alejandro Olano García MSc., PhD). Bogotá Colombia: Universidad de la Sabana Puente El Común, Chia, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas – Facultad de Derecho, 2004, 52-54 pp. Disponible en: <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5391/129363.pdf?sequence=1> Consultado el 7 de noviembre de 2017.

Ley	Inhabilidad/ Incompatibilidad/ Prohibiciones	Desagregación de las inhabilidades/ Incompatibilidades/Prohibiciones
		<p><b>Constitución Política artículo 127.</b> Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.</p> <p>&lt;Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:&gt; A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio...</p> <p>&lt;Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:&gt; Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.</p> <p>La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.</p> <p><b>Constitución Política artículo 128.</b> Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.</p> <p>Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.</p> <p><b>Constitución Política artículo 129.</b> Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.</p> <p><b>Decreto Ley 2400 de 1968 artículo 19.</b> Los empleados tienen derecho a licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días al año, continuos o divididos... la licencia puede prorrogarse hasta por treinta (30) días más... Durante la licencia los empleados no podrán ocupar otros cargos dentro de la Administración Pública.</p>

Ley	Inhabilidad/ Incompatibilidad/ Prohibiciones	Desagregación de las inhabilidades/ Incompatibilidades/Prohibiciones
		Ley 734 de 2002, artículo 35. Prohibiciones de todo servidor público <sup>922</sup> .

719 Ley 734 de 2002, artículo 35: "Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. 2. Imponer a otro servidor público trabajos ajenos a sus funciones o impedirle el cumplimiento de sus deberes. 3. Solicitar, directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios. 4. Aceptar, sin permiso de la autoridad correspondiente, cargos, honores o recompensas provenientes de organismos internacionales o gobiernos extranjeros, o celebrar contratos con estos, sin previa autorización del Gobierno. 5. Ocupar o tomar indebidamente oficinas o edificios públicos. 6. Ejecutar actos de violencia contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, demás servidores públicos o injuriarlos o calumniarlos. 7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado. 8. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento. 9. <Numeral INEXEQUIBLE> Sentencias C-350-09 y C-467-09. 10. Constituirse en acreedor o deudor de alguna persona interesada directa o indirectamente en los asuntos a su cargo, de sus representantes o apoderados, de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o de su cónyuge o compañero o compañera permanente. 11. <Aparte tachado INEXEQUIBLE Sentencia C-949-02> Incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales o administrativas o admitidas en diligencia de conciliación. 12. Proporcionar dato inexacto o presentar documentos ideológicamente falsos u omitir información que tenga incidencia en su vinculación o permanencia en el cargo o en la carrera, o en las promociones o ascensos o para justificar una situación administrativa. 13. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones. 14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas. 15. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos. 16. Asumir obligaciones o compromisos de pago que superen la cuantía de los montos aprobados en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC). 17. Ejercer cualquier clase de coacción sobre servidores públicos o sobre particulares que ejerzan funciones públicas, a fin de conseguir provecho personal o para terceros, o para que proceda en determinado sentido. 18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación. 19. Reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa, o proceder contra resolución o providencia ejecutoriadas del superior. 20. Permitir, tolerar o facilitar el ejercicio ilegal de profesiones reguladas por la ley. 21. Dar lugar al acceso o exhibir expedientes, documentos o archivos a personas no autorizadas. 22. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible Sentencia C-257-13 > <Numeral modificado por el artículo 3°. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado. Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones. Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados. 23. Preferir en acto oficial o en público expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier servidor público o las personas que intervienen en los mismos. 24. Incumplir cualquier decisión judicial, fiscal, administrativa, o disciplinaria en razón o con ocasión del cargo o funciones, u obstaculizar su ejecución. 25. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo. 26. Distinguir, excluir, restringir o preferir, con base en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra de la vida pública (artículo 1°, Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en Colombia mediante la Ley 22 de 1981). 27. Ejercer la docencia, dentro de la jornada laboral, por un número de horas superior al legalmente permitido. 28. Manifestar indebidamente en acto público o por los medios de comunicación, opiniones o criterios dirigidos a influir para que la decisión contenida en sentencias judiciales, fallos disciplinarios, administrativos o fiscales sean favorables a los intereses de la entidad a la cual se encuentra vinculado, en su propio beneficio o de un tercero. 29. Prescindir del reparto cuando sea obligatorio hacerlo, o efectuarlo en forma irregular. 30. Infringir las disposiciones sobre honorarios o tarifas de los profesionales liberales o auxiliares de la justicia y/o el arancel judicial, en cuantía injusta y excesiva. 31. Tener a su servicio, en forma estable para las labores propias de su despacho, personas ajenas a la entidad. 32. <CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Este numeral corresponde al numeral 8 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995 que fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-280-96 > Propiciar, organizar o participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador. 33. Adquirir, por sí o por interpuesta persona, bienes que se vendan por su gestión o influir para que otros los adquieran, salvo las excepciones legales. 34. Proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuando no esté facultado para hacerlo. 35. <Aparte tachado INEXEQUIBLE Sentencia C-328-03> Las demás prohibiciones consagradas en la ley y reglamentos.

Ley	Inhabilidad/ Incompatibilidad/ Prohibiciones	Desagregación de las inhabilidades/ Incompatibilidades/Prohibiciones
		<p><b>Constitución Política artículo 40.</b> Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.</p> <p><b>Constitución Política artículo 122 inc 5</b> &lt;Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:&gt; Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.</p>
Ley 734 de 2002 (artículo 54)	<p>No podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado (Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión).</p> <p>Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.</p> <p>Las contempladas en el artículo 8o. de la Ley 80 de 1993 o en las normas que lo modifiquen o complementen.</p>	<p>NA</p> <p>NA</p> <p>1o. &lt;Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007&gt; Son inhábiles para participar en licitaciones <del>o concursos</del> y para celebrar contratos con las entidades estatales:</p> <p>a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.</p> <p>b) &lt;Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007&gt; Quienes participaron en las licitaciones <del>o concursos</del> o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.</p> <p>c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.</p> <p>d) <u>Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.</u> (Numeral declarado exequible por las Sentencias C-178-96, C-489-96 y C-532-00)</p>

Ley	Inhabilidad/ Incompatibilidad/ Prohibiciones	Desagregación de las inhabilidades/ Incompatibilidades/Prohibiciones
		<p>e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.</p> <p>f) Los servidores públicos.</p> <p>g) &lt;Aparte subrayado <b>CONDICIONALMENTE</b> exequible&gt; &lt;Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007&gt; Quienes sean cónyuges o <u>compañeros permanentes</u> y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación <b>o concurso</b>. (Numeral declarado exequible por las Sentencias C-415-94, C-054-01, C-029-09)</p> <p>h) &lt;Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007&gt; Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación <b>o concurso</b>.</p> <p>i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.</p> <p>j) &lt;Literal modificado por el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:&gt; Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.</p> <p>Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.</p> <p>Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas...</p>

Ley	Inhabilidad/ Incompatibilidad/ Prohibiciones	Desagregación de las inhabilidades/ Incompatibilidades/Prohibiciones
		<p>k) &lt;Literal modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:&gt; Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.</p> <p>La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.</p> <p>Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.</p> <p>La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.</p> <p>k) &lt;sic&gt;&lt;Literal CONDICIONALMENTE exequible. Literal adicionado por el parágrafo 2o. del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:&gt; El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato...</p> <p><b>2o. &lt;Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007&gt; Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:</b></p> <p>a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.</p> <p>b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.</p>

Ley	Inhabilidad/ Incompatibilidad/ Prohibiciones	Desagregación de las inhabilidades/ Incompatibilidades/Prohibiciones
	<p data-bbox="272 1231 587 1328">Las contempladas en el artículo 113 de la Ley 489 de 1998 o en las normas que lo modifiquen o complementen.</p>	<p data-bbox="612 266 1098 433">c) &lt;Aparte subrayado <b>CONDICIONALMENTE</b> exequible&gt; El cónyuge, <u>compañero o compañera permanente</u> del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal. (Numeral declarado exequible por la Sentencia C-029-09)</p> <p data-bbox="612 442 1098 751">d) &lt;Aparte subrayado <b>CONDICIONALMENTE</b> exequible&gt; Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, <u>compañero o compañera permanente</u> o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. (Numeral declarado exequible por la Sentencia C-029-09)</p> <p data-bbox="612 760 1098 874">e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad solo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.</p> <p data-bbox="612 901 1098 1210">f) &lt;Literal adicionado por el artículo 4° de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:&gt; Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.</p> <p data-bbox="612 1263 1078 1289">Téngase en cuenta lo señalado en líneas anteriores.</p>
	<p data-bbox="272 1430 587 1474">Las contempladas en el artículo 37 de la Ley 734 de 2002.</p>	<p data-bbox="612 1337 1098 1591"><b>ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES.</b> Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.</p>

Ley	Inhabilidad/ Incompatibilidad/ Prohibiciones	Desagregación de las inhabilidades/ Incompatibilidades/Prohibiciones
	Las contempladas en el artículo 38 de la Ley 734 de 2002.	<p><b>ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES.</b> También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político. (El inciso final del artículo 122 se refiere a “quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”).</li> <li>2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.</li> <li>3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.</li> <li>4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.</li> </ol>
	Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir.	Téngase en cuenta lo señalado en líneas anteriores cuando se hizo referencia a la causal de inhabilidad de la Ley 489 de 1998, artículo 113, relacionada con aquellas aplicables a servidores públicos, en relación con la función conferida (para los representantes legales).

En relación con la causal de inhabilidad para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales, consagrada en el **numeral 1, literal a) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993** (Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes), nuestro ordenamiento jurídico contiene las siguientes disposiciones que regulan otras inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, tal como lo había indicado la Sala en Concepto 2260 del 10 de agosto de 2015, así:

Ley	Inhabilidad / Incompatibilidad / Prohibiciones
Ley 80 de 1993, artículo 58, numerales 3 y 6	<p><b>DE LAS SANCIONES.</b> Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:</p> <p><u>3. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados</u></p>

Ley	Inhabilidad / Incompatibilidad / Prohibiciones
	<p><u>para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.</u> A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente. (Aparte subrayado declarado exequible mediante sentencia C- 178 de 1996).</p> <p>6. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.</p>
Ley 142 de 1994, artículo 44	Regula los “conflictos de intereses, inhabilidades e incompatibilidades” en materia “del funcionamiento de las empresas de servicios públicos”.
Ley 472 de 1998, artículo 32	Dispone que los peritos que no declaren sus impedimentos para acceder al cargo podrán ser sancionados con inhabilidad para contratar con el Estado.
Ley 617 de 2000, artículos 31, 34, 38, 45, 44.8	Contiene normas en relación con las incompatibilidades de los gobernadores (artículo 31), diputados (artículo 34), alcaldes (artículo 38), concejales (artículo 41), miembros de Juntas Administradoras Locales (artículos 44.8 y 45).
Ley 689 de 2001, artículo 11	Comprende incompatibilidades e inhabilidades respecto de los vocales de control y parientes en materia de servicios públicos.
Ley 734 de 2002, artículo 39 y 40	Prescribe incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales (artículo 39) y conflicto de intereses (artículo 40).
Ley 828 de 2003, artículo 5°	Establece que las personas que no paguen las multas relacionadas con las sanciones por elusión o evasión de los pagos parafiscales estarán inhabilitadas para contratar con el Estado, mientras persista la deuda.
Ley 1148 de 2007, artículo 1° que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000	Expresa inhabilidades e incompatibilidades en relación con los parientes de funcionarios departamentales y locales.
Ley 1474 de 2011	<p><b>Artículo 5o.</b> Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.</p> <p><b>Artículo 90. INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO.</b> Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:</p> <p>a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;</p> <p>b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;</p>

Ley	Inhabilidad / Incompatibilidad / Prohibiciones
	<p>c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales. La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.</p> <p><b>PARÁGRAFO.</b> La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.</p>
Ley 1150 de 2007, artículo 6°, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012)	La Ley 1150 de 2007, en el artículo 6°, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012), prescribe que está inhabilitada por cinco años la persona cuya inscripción en el Registro Único de Proponentes sea cancelada como consecuencia de graves inconsistencias y que en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

Cabe recordar que la consulta tiene como finalidad principal conocer la 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. Lo anterior, debido a que el Fondo Nacional del Ganado entró en proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 en su calidad de controlante de la Sociedad Frigoríficos Ganaderos de Colombia S.A. (Friogán S. A.) y como deudor solidario y garante de sus obligaciones. Es decir, si esta situación conlleva que Fedegán esté incurso en alguna causal que le impida participar en dicho proceso por haber ostentado la calidad de administrador del FNG el cual entró en proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006.

Revisadas las causales de inhabilidad e incompatibilidad aplicables a particulares que ejercen funciones administrativas no encuentra la Sala que alguna de ellas se ajuste a la situación planteada en la consulta respecto a Fedegán como antiguo administrador del FNG que entró en proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006.

Restaría revisar si la ley de insolvencia contempla alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad para los administradores de las entidades o fondos sometidos a un proceso de reorganización.

La Ley 1116 de 2006 en su artículo 83, corregido por el artículo 2° del Decreto 2190 de 2007, consagra una inhabilidad para ejercer el comercio para aquellos administradores o socios de la deudora que esté incurso en un proceso de reorganización y que incurran en alguna de las conductas señaladas en dicha disposición, las cuales deben ser declaradas por el juez del concurso quien ordena además la inscripción en el registro mercantil<sup>720</sup>, situación que no se acredita en la consulta.

<sup>720</sup> Ley 1116 de 2006, artículo 83. **“INHABILIDAD PARA EJERCER EL COMERCIO.** -Inciso 1° corregido por el artículo 2 del Decreto 2190 de 2007. El texto corregido es el siguiente: > Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, cuando estén acreditados uno o varios de los siguientes eventos o conductas: 1. Constituir o utilizar la empresa con el fin de defraudar a los acreedores. 2. Llevar la empresa mediante fraude al estado de crisis económica. 3. Destruir total o parcialmente los bienes que con-

Cabe recordar que la actividad de Fedegán como administrador del Fondo Nacional del Ganado debía circunscribirse al cumplimiento de los objetivos señalados en la ley<sup>721</sup>.

**(vi) Análisis de los artículos 24 de la Ley 222 de 1995; 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006 y 53, numeral 5, literal d), inciso segundo del EOSF – Serán situaciones que se constituyan en impedimento y/o prohibición para participar en un proceso contractual?**

Procede la Sala de Consulta y Servicio Civil a hacer un breve análisis sobre el alcance de las disposiciones señaladas en la consulta que regulan la responsabilidad de los administradores, para determinar si las mismas pueden constituirse como una restricción para la participación de FEDEGÁN en un proceso contractual que se adelante para contratar la administración de los recursos parafiscales del FNG. Esto debido a que tanto el Fondo Nacional del Ganado del cual FEDEGÁN era su administrador y Friogán entidad controlada por el Fondo (al poseer este el 78.67% de las acciones suscritas de aquella), terminaron en un proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006.

Al analizar cada una de dichas disposiciones encuentra la Sala que las mismas se refieren a la responsabilidad que se le puede atribuir a un administrador de una (i) empresa sometida a un proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006, (ii) sociedad comercial y (iii) entidad financiera.

**a. Ley 1116 de 2006, artículo 78 y Ley 222 de 1995, artículo 24**

La Ley 1116 de 2006 en su artículo 78<sup>722</sup> hace remisión normativa a los deberes consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y a las reglas de responsabilidad civil

*forman su patrimonio. 4. Malversar o dilapidar bienes, que conduzcan a la apertura del proceso de liquidación judicial. 5. Incumplir sin justa causa el acuerdo de reorganización suscrito con sus acreedores. 6. Cuando antes o después de la apertura del trámite, especule con las obligaciones a su cargo, adquiriéndolas a menor precio. 7. La distracción, disminución, u ocultamiento total o parcial de bienes. 8. La realización de actos simulados, o cuando simule gastos, deudas o pérdidas.*

9. Cuando sin justa causa y en detrimento de los acreedores, hubieren desistido, renunciado o transigido, una pretensión patrimonial cierta. 10. Cuando a sabiendas se excluyan acreencias de la relación de acreedores o se incluyan obligaciones inexistentes. **PARÁGRAFO.** En los casos a que haya lugar, el juez del concurso ordenará la inscripción en el registro mercantil de la sanción prevista en este artículo”

721 Ley 89 de 1993, artículo 4°. **“OBJETIVOS.** Los recursos del Fondo Nacional del Ganado, se utilizarán preferencialmente en: 1.- La comercialización de carne y leche destinada a los estratos sociales de medianos y bajos ingresos. 2.- El apoyo a la exportación de ganado, carne y leche. 3.- Cofinanciar la inversión en infraestructura física y social complementaria en las zonas productoras. 4.- La investigación científica y tecnológica y la capacitación en el sector pecuario. 5.- La asistencia técnica, la transferencia de tecnología y la capacitación para incrementar la productividad en la industria ganadera. 6.- La promoción de cooperativas cuyo objeto sea beneficiar a los productores y consumidores. 7.- La financiación de programas y proyectos de fomento ganadero desarrollado por los fondos ganaderos con interés de fomento. 8.- Efectuar aporte de capital en empresas de interés colectivo dedicadas a la producción, comercialización e industrialización de insumos y productos del sector pecuario. 9.- La organización de industrias con sistemas eficientes de comercialización que permitan en ciertos casos subsidiar los precios de la carne y de la leche, alimentos concentrados, subproductos de la carne y de la leche, para los consumidores de bajos ingresos. 10.- Los demás programas que, previa aprobación de la Junta Directiva del Fondo procuren el fomento de la ganadería nacional y la regulación de los precios de los productos. **PARÁGRAFO 1°.** El Fondo deberá destinar, por lo menos un 10% de sus ingresos al fomento del consumo de leche y carne en favor de los sectores de bajos ingresos. **PARÁGRAFO 2°.** Los programas de investigación se realizarán con las corporaciones mixtas que hacen parte del sistema nacional de ciencia y tecnología”.

722 Ley 1116 de 2006, artículo 78. **“TRANSPARENCIA EMPRESARIAL.** Los acuerdos de reorganización incluirán un Código de Gestión Ética Empresarial y de responsabilidad social, exigible al deudor, el cual precisará, entre otras, las reglas a que debe sujetarse la administración del deudor en relación con: 1. Operaciones con asociados y vinculados, incluyendo normas sobre distribución de utilidades y reparto de dividendos durante la vigencia del acuerdo, sujetando el reparto a la satisfacción de los créditos y el fortalecimiento patrimonial del deudor. En todo caso, cualquier decisión al respecto deberá contar con la autorización previa del comité de vigilancia. 2. Manejo del flujo de caja y de los activos no relacionados con la actividad empresarial. 3. Ajustes administrativos exigidos en el acuerdo para hacer efectivos los deberes legales de los administradores de las sociedades consagradas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y en cualquier otra disposición, de la manera que corresponda según la forma de organización propia del respectivo empresario. 4. Los compromisos de ajuste de las prácticas contables y de divulgación de información de la actividad del deudor o ente contable respectivo a las normas legales que le sean aplicables, los cuales deberán cumplirse en un plazo no superior a seis (6) meses. 5. Las reglas que deba observar la administración en su planeación y ejecución financiera y administrativa, con el objeto de atender oportunamente los créditos pensionales, laborales, de seguridad social y fiscales que surjan durante la ejecución del acuerdo. 6. Otras obligaciones que se acuerden en códigos de buen gobierno. **Los administradores de todas las empresas, en forma acorde con la organización del respectivo**

señaladas en el artículo 24 *ibídem*, en los eventos en que la administración del deudor, en este caso Fedegán como administrador el FNG, incumpla lo señalado en el “Código de Gestión Ética Empresarial y de Responsabilidad Social” incluido en un acuerdo de reorganización.

La pregunta que se formula la Sala es si en el proceso de reorganización empresarial del FNG se suscribió un Acuerdo de Reorganización y de ser afirmativa la respuesta se incorporó en el mismo el “Código de Gestión Ética Empresarial y de Responsabilidad Social” como desarrollo de la Transparencia Empresarial que se exige a los empresarios.

Del análisis de la documentación y de lo reseñado en la consulta, se tiene que el proceso de reorganización empresarial fracasó y en consecuencia la Superintendencia de Sociedades continuó con la segunda fase del procedimiento de Insolvencia, es decir inició el proceso de Liquidación Judicial<sup>723</sup>. En consecuencia, si no se llegó a un acuerdo de reorganización no se pudo haber incorporado en el mismo un “Código de Gestión Ética Empresarial y de Responsabilidad Social” y por ende no es posible predicar un incumplimiento de algo que no ha nacido a la vida jurídica. Sin embargo, no puede desconocerse que aún estando en este segundo proceso, es decir en la Liquidación Judicial, las partes pueden solicitar que se adelante un acuerdo de reorganización al cual se le aplican todas las reglas previstas para un acuerdo de reorganización generado en la primera fase del proceso de insolvencia<sup>724</sup>.

Por incumplir las obligaciones del “Código de Gestión Ética Empresarial y de Responsabilidad Social” los administradores se hacen acreedores a la remoción del cargo y a la imposición de multas sucesivas de carácter personal hasta por doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sanciones impuestas por el juez del concurso. Adicionalmente, el administrador se hace responsable civilmente, de manera solidaria e ilimitada, por los perjuicios que le haya ocasionado a la sociedad, en este caso sería el FNG, a los socios o a terceros, siempre y cuando haya actuado con dolo o culpa<sup>725</sup>, pero esta responsabilidad debe ser declarada por un juez y tiene connotación pecuniaria.

---

*deudor que no tenga naturaleza asociativa, están sujetos a los deberes legales consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y a las reglas de responsabilidad civil previstas en el artículo 24 de la misma ley, sin perjuicio de las reglas especiales que les sean aplicables en cada caso. PARÁGRAFO. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Códigos de Gestión Ética Empresarial dará lugar a la remoción del cargo y a la imposición de multas sucesivas de carácter personal a cada uno de los administradores y al revisor fiscal, contralor, auditor o contador público responsables, hasta por doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La imposición de una o ambas clases de sanciones corresponderá al juez del concurso competente, según el caso, y su trámite no suspende el proceso de insolvencia”.* (Resaltado nuestro).

723 Auto No. 400-008393 del 26 de mayo de 2006 mediante el cual la Superintendencia de Sociedades decretó la terminación del proceso de reorganización del Fondo Nacional del Ganado y adicionalmente, ordenó la celebración del acuerdo de adjudicación de bienes del FNG, el cual debe anunciarse “**en liquidación por adjudicación**”. La Superintendencia sustentó el Auto, entre otros aspectos, en que “*el Fondo Nacional del Ganado no cumplió con la carga de presentar el acuerdo de reorganización, en el término legal e improrrogable de cuatro meses*”, lo que conduce a la realización de manera inmediata de la celebración del acuerdo de adjudicación.

724 Ley 1116 de 2006, artículo 66. “**ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DENTRO DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL.** Aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos y los derechos de voto, el liquidador o quienes representen no menos del treinta y cinco por ciento (35%) de los derechos de voto admitidos, podrán proponer la celebración de un acuerdo de reorganización, para lo cual, el juez del concurso, convocará a una audiencia. A este acuerdo, le serán aplicables en lo pertinente las reglas previstas en esta ley para el acuerdo de reorganización”.

725 Ley 222 de 1995, artículo 24. “**RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.** El artículo 200 del Código de Comercio quedará así: **ARTÍCULO 200.** Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador. De igual manera se **presumirá la culpa** cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. Se tendrán por no escritas las cláusulas

## b. Ley 1116 de 2006, artículo 82

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006<sup>726</sup> consagra la responsabilidad de los administradores, entre otros, cuando con su conducta dolosa o culposa desmejore la prenda común de los acreedores.

Por desmejorar la prenda común de los acreedores la ley estipula una responsabilidad civil consistente en el pago del faltante del pasivo externo y requiere declaración judicial en un proceso que se adelante para tal fin.

## c. Ley 1116 de 2006, artículo 61

El artículo 61 de la Ley 1116 de 2006<sup>727</sup> contempla un evento de responsabilidad para la sociedad matriz o controlante, en este caso haciendo símil sería para el FNG, de responder de manera subsidiaria por las obligaciones de la sociedad controlada, que para el caso sería Friogán, si se demuestra en un procedimiento abreviado adelantado ante el mismo juez del concurso que la situación de insolvencia o liquidación judicial fue producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la controlante en su propio interés y en detrimento de la sociedad en reorganización o en proceso de liquidación judicial. Esta situación debe ser demostrada en un proceso y declarada por el juez del concurso.

En este evento cuando la sociedad matriz o controlante haya sido la causante de la situación de insolvencia o liquidación judicial de la sociedad controlada, la responsabilidad es para la sociedad controlante. Esta responsabilidad consiste en responder en forma subsidiaria por las obligaciones de la controlada.

## d. Decreto 663 de 1993 (EOSF), artículo 53, numeral 5, literal d), inciso 2°

Por último, el artículo 53, numeral 5, literal d), inciso 2 del Decreto 663 de 1993 “*Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración*”<sup>728</sup>, está contenido en la PARTE III. NORMAS RELATIVAS AL

*del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.*

726 Ley 1116 de 2006, artículo 82. “RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SOCIOS, ADMINISTRADORES, REVISORES FISCALES Y EMPLEADOS. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido. La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario”.

727 Ley 1116 de 2006, artículo 61. “DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente. El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años”.

728 Decreto 663 de 1993 (EOSF), artículo 53. “PROCEDIMIENTO. ... 5. Autorización para la constitución. <Numeral modificado por el artículo 2° de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> <Inciso modificado por el artículo 68 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Surtido

FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS, CAPÍTULO I. CONSTITUCIÓN. Este artículo regula el procedimiento para la constitución de entidades que deban quedar sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, indicando que se deben constituir *“bajo la forma de sociedades anónimas mercantiles o de asociaciones cooperativas, con excepción de los bancos y compañías de seguros del exterior que operen en el país por medio de sucursales, las cuales podrán operar bajo la forma jurídica que tengan”*<sup>729</sup>. Señala la disposición que el Superintendente Financiero se abstendrá de autorizar la constitución de una entidad a las que se hace referencia cuando a su juicio los solicitantes no hayan acreditado satisfactoriamente el carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación y en todo caso cuando estas personas que participen en la operación *“sean o hayan sido responsables del mal manejo de los negocios de la institución en cuya dirección o administración hayan intervenido”*, entre otros eventos, facultando al Superintendente Bancario a abstenerse de autorizar la participación de los administradores que estuvieren desempeñando el cargo a la fecha en que se haya decretado la toma de posesión de una entidad financiera con fines de liquidación.

Sobre esta disposición, la Sala no encuentra relación respecto a la situación fáctica planteada, además de ser una norma aplicable a entidades financieras situación ajena al FNG. El ámbito de aplicación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es como su nombre lo indica para las entidades que conforman dicho sistema, es decir para establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización, entidades aseguradoras e intermediarios de seguros y reaseguros<sup>730</sup>.

Como puede observarse, por tratarse de responsabilidades es la misma ley la que señala cuáles son las sanciones atribuibles en caso de incumplimiento. De otro lado, las responsabilidades de los administradores de entidades inmersas en procesos de reorganización empresarial, para el caso planteado administrador del FNG, no tienen la fuerza de convertirse en causales de inhabilidad e incompatibilidad que se constituyan en limitantes de la libertad y la capacidad que tienen las personas para la participación en procesos contractuales.

---

*el trámite a que se refiere el numeral anterior (se refiere a publicidad de la solicitud y oposición de terceros), el Superintendente Financiero deberá resolver sobre la solicitud dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la fecha en que el peticionario haya presentado toda la documentación que requiera de manera general la Superintendencia Financiera. No obstante lo anterior, el término previsto en este numeral se suspenderá en los casos en que la Superintendencia Financiera solicite información complementaria o aclaraciones. La suspensión operará hasta la fecha en que se reciba la respuesta completa por parte del peticionario. El Superintendente negará la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud no satisfaga los requisitos legales. Igualmente la negará cuando a su juicio los solicitantes no hayan acreditado satisfactoriamente el carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación, de tal manera que estas le inspiren confianza sobre la forma como participarán en la dirección y administración de la entidad financiera. <Incisos 3o. y 4o. modificado por el artículo 8 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, se abstendrá de autorizar la participación de las siguientes personas: .... d) Aquellas que sean o hayan sido responsables del mal manejo de los negocios de la institución en cuya dirección o administración hayan intervenido...”*

729 Decreto 663 de 1993 (EOSF), artículo 53, numeral 1.

730 Decreto 663 de 1993 (EOSF), artículo 1°.

**(vii) Alcance de los pliegos de condiciones - factores de evaluación de propuestas - prohibición de crear en los pliegos de condiciones causales de inhabilidad e incompatibilidad que limiten la libertad de concurrencia.**

Vistos los acápites anteriores en los cuales se concluyó que la situación de Fedegán como administrador del FNG que entró en proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 no constituye causal de inhabilidad e incompatibilidad para participar en el proceso contractual para la administración de las cuotas parafiscales de fomento ganadero y lechero y tampoco genera restricción para su participación las responsabilidades atribuidas a los administradores consagradas en los artículos 24 de la Ley 222 de 1995; 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006 y 53, numeral 5, literal d), inciso segundo del EOSF, pasa la Sala a analizar la inquietud planteada en la consulta sobre la viabilidad de tener en cuenta en el proceso de selección los antecedentes descritos en precedencia.

Se cuestiona la Sala qué debe entenderse cuando se pregunta sobre la posibilidad de tener en cuenta en un proceso de selección los antecedentes descritos en precedencia.

Sobre el particular se analizarán varias situaciones que se pueden evidenciar al plantearse la inquietud señalada.

**a. Alcance de los pliegos de condiciones**

Sea lo primero indicar que los pliegos de condiciones deben contener tanto los requisitos habilitantes de los proponentes como los requisitos de ponderación de las propuestas, entre otros aspectos. La Ley 1150 de 2007<sup>731</sup> señala como requisitos habilitantes de los proponentes la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación, los cuales son objeto de verificación y no otorgan puntaje. Con estos requisitos se busca conocer la idoneidad de los proponentes para el desarrollo del objeto contractual. En los pliegos de condiciones las entidades pueden determinar de manera excepcional otros requisitos habilitantes cuando por *“las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro”*<sup>732</sup>.

Los requisitos de evaluación de las propuestas son los determinados en los pliegos de condiciones, sin embargo la ley<sup>733</sup> señala a título enunciativo el precio, la calidad, la experiencia específica y el equipo de trabajo, los cuales serán adoptados según la naturaleza, objeto del contrato, entre otros.

Los procedimientos contractuales y en particular el de licitación adoptado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para la contratación de la administración de las cuotas parafiscales de fomento ganadero y lechero, se basan en tres principios fundamentales: la libertad de concurrencia, la publicidad y la igualdad entre los licitantes,

731 Ley 1150 de 2007, artículo 5°.

732 Ibidem, artículo 6° modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012, numeral 6.1.

733 Ibidem, artículo 5°.

principios estos ampliamente desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina. Entre los pronunciamientos que ha hecho el Consejo de Estado sobre la libertad de concurrencia, se cita la sentencia de la Sección Tercera del 1° de octubre de 2014, Exp. 34778:

*“En relación con los requisitos habilitantes es pertinente mencionar la sentencia C-713 de 2009 de la Corte Constitucional, mediante la cual declaró exequible el numeral 1 del mencionado artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en relación con la expresión, “y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo”, oportunidad en la que esa Corte cerró el paso a la creación de condiciones restrictivas que carezcan de soporte legal o constitucional, a la vez que advirtió que dentro del marco legal, toda restricción que sea impuesta a los requisitos habilitantes para participar en la licitación debe ser proporcional y razonable:*

*‘La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.’*

*Pues bien, sin entrar en las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, que constituye norma posterior a los hechos materia del sub-lite, con base en los parámetros de la Ley 80 de 1993 se concluye sobre el imperativo de definir en el pliego de condiciones las reglas objetivas, justas, claras y completas que gobiernen el procedimiento de licitación y aplicarlas congruentemente en el sentido en que respeten la igualdad de todos los interesados en proponer y el derecho a la adjudicación del proponente que presente la oferta más favorable, en todo caso de acuerdo con las reglas del pliego. Se observa, en el mismo orden de ideas, que la declaratoria de desierta se impone cuando resulte de las reglas de la selección objetiva, así determinadas<sup>734</sup>.*

734 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1° de octubre de 2014, Exp. 34778.

Sobre el principio de igualdad el Consejo de Estado igualmente ha hecho múltiples pronunciamientos, entre los que se cita:

*“Como principio rector de la contratación, el mismo hace referencia “(...) al deber de la Administración y al derecho de quienes pretenden contratar con el Estado a que la adjudicación de los contratos se realice a la mejor propuesta; que el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; que ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; que todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; que las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; que el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; etc.”<sup>755</sup>, exigencias todas que resultan predicables de cualquier procedimiento de selección de contratistas que adelanten las entidades estatales, independientemente de si se rigen por el estatuto de contratación estatal o por un régimen especial o por las normas de derecho privado, por cuanto tienden a desterrar la arbitrariedad y subjetividad del terreno de la contratación estatal y a lograr que los contratos se celebren y ejecuten por quienes han presentado las mejores ofertas objetivamente consideradas y de esta manera estén en mejores condiciones de satisfacer la necesidad que originó la respectiva contratación”<sup>7735</sup>.*

Es en los pliegos de condiciones donde se fijan las normas que deben cumplir tanto la administración como los oferentes para participar en el proceso de contratación, las cuales deben ser objetivas y justas, generales e impersonales<sup>736</sup>, que garanticen que el proceso de contratación se adelante con transparencia y objetividad. En consecuencia, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones deben ajustarse a los principios enunciados. Incorporar en los pliegos de condiciones una situación puntual, exclusiva de uno de los posibles participantes en el proceso contractual estaría vulnerando la naturaleza de las reglas propias de los pliegos.

## b. Factores de evaluación de las propuestas

Los factores de evaluación de las propuestas deben estar contenidos en los pliegos de condiciones y con fundamento en ellos la entidad evalúa las ofertas y elige la que sea más favorable. Estos factores deben definirse de conformidad con los criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007<sup>737</sup> y sus modificaciones, sin perjuicio que en los

735 Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia del 8 de julio de 2014, Rad. 11001-03-15-000-2011-01127-00. Cita original del texto: <sup>55</sup> Cita original No. 66 “ibidem”.

736 Dávila Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera Ed. Bogotá. Legis, 2016, 395 p. ISBN Papel: 978-958-767-329-6. En cuanto al carácter general e impersonal señala el autor que “Las normas del pliego de condiciones deben preservar la igualdad de oportunidades, lo cual se logra incluyendo reglas objetivas y generales y evitando reglas que tienen nombre propio o condiciones pensadas en determinados oferentes. Se preserva esta característica al interpretar las cláusulas del pliego en sentido estricto o restrictivo”.

737 Ley 1150 de 2007, artículo 5°. “DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y **no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo.** La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. 2. -Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: > La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En los procesos de selección en los que se tenga en

pliegos de condiciones se determinen otros factores adicionales requeridos en un caso concreto, pero conservando siempre el carácter objetivo del criterio. Esto significa que no es viable a una entidad incluir criterios de evaluación subjetivos que discriminen o favorezcan a un participante, pues con ello se vulneraría no solo el principio de igualdad sino la selección objetiva del contratista.

La Sala de Consulta hizo un pronunciamiento al respecto y si bien es un concepto anterior a la expedición de la Ley 1150 de 2007, su alcance continúa vigente:

*“Dentro de los pliegos de condiciones la administración determina las reglas básicas tanto del negocio jurídico a celebrarse, como aquellas que rigen la selección de oferentes, las cuales deben ser objetivas, justas, claras y completas de manera tal que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva, eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, conforme lo dispone el artículo 24.5 literales b) y e).*

*Conforme a lo anterior, **las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en la ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique la permisón de incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes<sup>5</sup>, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista<sup>738</sup>.** (Resaltado nuestro).*

---

*cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. PARÁGRAFO 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. PARÁGRAFO 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos”.*

738 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1373 del 14 de septiembre de 2001. La cita siguiente es del original del texto: *“Debe tenerse en cuenta que la igualdad, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no consiste en dar un trato idéntico a todos los individuos. “El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga– sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Corte Constitucional. Sent. C-530 de 1993. Esta tesis fue reiterada en la sentencia C-400/99, en la cual se declararon exequibles apartes de los artículos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993, en cuanto se consideró que no existe en ellos violación al principio de igualdad”.*

### c. Prohibición de crear en los pliegos de condiciones causales de inhabilidad e incompatibilidad que limiten la libertad de concurrencia

Como lo indicó la Sala a lo largo de este concepto, las inhabilidades e incompatibilidades son de reserva constitucional y legal por ser cláusulas restrictivas de la libertad de concurrencia, razón por la cual no puede una entidad crearlas en los pliegos de condiciones.

Sobre el particular, el Consejo de Estado señaló:

“...tal como se desprende del contenido de la letra a) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80, a cuyo tenor (...)

Tal como lo refleja la simple lectura de la norma legal transcrita, únicamente podrán tenerse como inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales, aquellas personas que se encuentren inhabilitadas para contratar por mandato de la Constitución Política o de las leyes de la República, disposición que lejos de constituir una tautología permite resaltar que de ninguna manera podrán tenerse como inhábiles para contratar con las entidades estatales a quienes quisiere tenerse como tales por mandato o disposición de normas de inferior jerarquía a las antes mencionadas. Así pues, no hay lugar a tener como inhábiles para participar en licitaciones o para contratar con entidades estatales a quienes sean catalogadas como tales únicamente a través de actos administrativos como son las resoluciones, las circulares, los pliegos de condiciones, los manuales internos de contratación, etc.

En consecuencia, en cuanto la consagración de tales prohibiciones –en la modalidad de inhabilidades o de incompatibilidades– son materias reservadas a la Constitución Política o a la ley y dado, además, que corresponden a cuestiones debidamente regladas por las normas superiores, se impone concluir que las entidades estatales no se encuentran facultadas para introducir novedades o modificaciones en esas precisas materias a través de decisiones de naturaleza administrativa<sup>739</sup>”.

En igual sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil citando jurisprudencia del Consejo de Estado, reiteró el origen constitucional y legal del establecimiento y configuración de las inhabilidades e incompatibilidades, para lo cual indicó que no es viable “*su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial*”<sup>740</sup>. La doctrina también señaló al respecto:

*“El principio de libertad de concurrencia es fundamental para asegurar la pluralidad de oferentes, en términos armónicos con el principio de igualdad de oportunidades para presentar ofertas en las mismas condiciones. Su aplicación surge del derecho constitucional de la competencia...”*

739 Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2013. Exp. 24059.

740 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2260 del 10 de agosto de 2015. En dicho concepto se cita la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

*Además, se trata de un derecho subjetivo, vinculado a la libertad de empresa, que solo podría ser limitado por ley o por la Constitución, pero estimamos que un acto administrativo como el pliego de condiciones no puede prohibir a un particular presentar una oferta si no existe un sustento legal o constitucional. Así, las inhabilidades e incompatibilidades y el requisito del registro de proponentes están previstos en la ley como limitaciones al principio de libertad de concurrencia consagrado como una garantía para los administrados. Las inhabilidades e incompatibilidades son de ley y de interpretación restrictiva, pues implican una limitación al particular para participar en procesos de contratación adelantados por la administración y para ejercer su actividad empresarial...<sup>741</sup>.*

Por lo anterior, las entidades públicas deben observar en la elaboración de sus pliegos de condiciones los principios que regulan la contratación y la función administrativa y en consecuencia, (i) deben incluir reglas claras, objetivas, generales e impersonales, (ii) no pueden establecer reglas que estén dirigidas a un único posible participante en el proceso de contratación, (iii) tampoco pueden crear inhabilidades e incompatibilidades pues estas restricciones son de reserva de ley, y (iv) deben incluir factores de evaluación de las propuestas que sean objetivos; no es jurídicamente viable incluir criterios de evaluación subjetivos que discriminen o favorezcan a un participante, pues con ello se vulneraría no solo el principio de igualdad sino la selección objetiva del contratista.

### **(viii) Conclusiones**

1. De conformidad con los artículos 3 de la Ley 89 de 1993, 32 de la Ley 101 de 1993, 29 y 30 del Decreto 111 de 1996, el Fondo Nacional del Ganado es una cuenta o fondo especial sin personería jurídica. En consecuencia, no tiene capacidad jurídica autónoma para actuar como sujeto de derecho por lo que debe ser administrado por una persona jurídica; para su caso, una entidad gremial que reúna las condiciones de representatividad nacional de la actividad que genera las cuotas de fomento ganadero y lechero. Dicho fondo no ostenta, por tanto, la categoría de entidad pública o privada.
2. A través de dicho fondo se administra la cuota de fomento ganadero y lechero, recursos de carácter parafiscal creados por la Ley 89 de 1993 en virtud de la soberanía fiscal del Estado. Esta contribución parafiscal no forma parte del presupuesto general de la Nación y es impuesta por la ley al subsector ganadero y lechero para el beneficio del mismo subsector. Su destinación es exclusiva para el cumplimiento de los objetivos previstos en la misma Ley 89 de 1993 (artículo 4).
3. El manejo, administración y ejecución de la cuota de fomento ganadero y lechero está en cabeza de una entidad gremial que reúna condiciones de representatividad nacional, administración que puede realizarse bien directamente o a través de sociedades fiduciarias, en ambos casos previo contrato con el Gobierno nacional. La entidad gremial que administre dichos recursos es considerada como un particular que ejerce funciones administrativas.

<sup>741</sup> González López, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal – La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Primera Ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, 114-115 pp. ISBN: 978-958-710-575-9.

4. Los particulares que ejercen funciones administrativas están sujetos a un régimen propio de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones señalados en la Constitución y en la ley. No puede la administración pública invocar una causal para hechos que no se ajusten a la misma. La aplicación de causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición por analogía está proscrita, pues las normas que contienen prohibiciones y por ende limitan derechos de las personas, son de orden público y de interpretación restrictiva.
5. Revisadas las causales de inhabilidad e incompatibilidad aplicables a particulares que ejercen funciones administrativas no encuentra la Sala que alguna de ellas se ajuste a la situación planteada en la consulta respecto a Fedegán como antiguo administrador del FNG que entró en proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006. Tampoco aparece acreditado que haya operado la causal de inhabilidad para ejercer el comercio señalada en el artículo 83 de la Ley 1116 de 2006 corregido por el artículo 2° del Decreto 2190 de 2007. Le corresponderá al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural hacer las verificaciones respectivas una vez abra un nuevo proceso de licitación.
6. En cuanto al régimen de responsabilidades de los administradores y concretamente respecto a las señaladas en la consulta (artículos 24 de la Ley 222 de 1995; 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006 y 53, numeral 5, literal d), inciso segundo del EOSF), son estas mismas disposiciones las que señalan cuales son las sanciones atribuibles en caso de que se generen las situaciones fácticas descritas. En consecuencia, dichas normas no tienen la fuerza de convertirse en causales de inhabilidad e incompatibilidad que se constituyan en limitantes de la libertad y la capacidad que tienen las personas para la participación en procesos contractuales.
7. Los pliegos de condiciones que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse tanto los participantes en un proceso de contratación como la entidad pública deben incorporar reglas claras, objetivas, generales e impersonales que permitan seleccionar al proponente que tenga la oferta más favorable y que se ajuste a las necesidades de la entidad. Por lo tanto, los pliegos no pueden establecer reglas que estén dirigidas a un único posible participante, tampoco pueden crear inhabilidades e incompatibilidades y deben incluir factores de evaluación de las propuestas que sean objetivos, de tal manera que con los mismos no se discrimine ni se favorezca a un participante. Lo anterior, en virtud del principio de igualdad y de selección objetiva.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

### **LA SALA RESPONDE**

*“Teniendo en cuenta que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en virtud del inciso tercero del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 y del artículo 2.10.5.1 del Decreto 1071 de 2015, asumió temporalmente la administración del Fondo Nacional del Ganado, y por virtud*

*del Decreto 947 de 2016 debe adelantar un proceso de licitación pública para seleccionar el nuevo administrador de la cuota parafiscal de Carne y Leche, pregunta:*

- a) *¿Existe aparte de las causales taxativas de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para contratar establecidas en la ley, alguna disposición, instrumento o figura jurídica en el ordenamiento colombiano vigente que permita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tener en cuenta la conducta del antiguo administrador del fondo parafiscal y las consecuencias de su gestión, dentro del proceso licitatorio que se encuentra en curso para efectos de viabilizar o no su participación en el mismo y de calificar y valorar la eventual propuesta que llegue a presentar?*

No existe una disposición, instrumento o figura jurídica que impida la participación del antiguo administrador del FNG en el proceso de licitación que adelante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para la contratación de los recursos provenientes de la cuota de fomento ganadero y lechero, de acuerdo con los hechos narrados en la consulta.

Los particulares que administran recursos parafiscales ejercen funciones administrativas respecto de esta actividad, razón por la cual se encuentran sujetos al régimen propio de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones señalados en la Constitución y en la ley para particulares que ejercen estas funciones. Este régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, dado que limita los derechos de las personas a participar en procesos contractuales, es de reserva legal, de orden público, de interpretación restrictiva y no admite la aplicación por analogía. En consecuencia, para que se le pueda prohibir la participación a un particular, y para el caso en estudio a un particular que administre recursos públicos (parafiscales), en un proceso de contratación, se debe configurar alguna de las causales taxativamente señaladas en la constitución y en la ley. No puede la administración pública invocar una causal relativa a hechos que no se ajusten de manera exacta en una de dichas causales.

- b. *¿Puede acudirse en analogía a los artículos 24 de la Ley 222 de 1995, los artículos 61, 78 y 82 de la Ley 1116 de 2006, y el inciso segundo, literal d), numeral 5, del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), para que las situaciones señaladas anteriormente constituyan un impedimento y/o prohibición para que quien se encontraba administrando el fondo parafiscal, y participaba en la administración de la sociedad controlada, pueda participar en un proceso licitatorio que tiene como objetivo contratar al nuevo administrador del fondo o cuenta de contribuciones parafiscales?*

No puede aplicarse la analogía de las citadas disposiciones para restringir la participación de un particular que administre recursos públicos en un proceso de licitación que se adelante para contratar la administración de dichos recursos. Estas normas enunciadas regulan la responsabilidad que se le puede atribuir a un administrador de una (i) empresa sometida a un proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006, (ii) sociedad comercial y (iii) entidad financiera. Es la misma ley la que señala cuáles son las sanciones atribuibles en caso de incumplimiento, tal como se indicó en el presente concepto.

Estas disposiciones regulan un régimen de responsabilidad y su consecuente sanción, por lo que no pueden erigirse como causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición que se constituyan en limitantes de la libertad y la capacidad que tienen las personas para la participación en procesos contractuales.

- c. *En caso de no haber ningún impedimento y/o prohibición que impida dicha participación, ¿es viable jurídicamente tener en cuenta en dicho proceso de selección, los antecedentes descritos en precedencia?”*

No es posible señalar una situación particular como criterio de evaluación en un proceso contractual, ni para impedir la participación de un posible proponente. Es en los pliegos de condiciones donde se estipulan las reglas a las cuales deben sujetarse tanto los participantes en un proceso de contratación como la entidad pública. Por lo tanto, ellos deben contener reglas claras, objetivas, generales e impersonales que permitan seleccionar al proponente que tenga la oferta más favorable y que se ajuste a las necesidades de la entidad. Los pliegos no pueden establecer reglas que estén dirigidas a un único posible participante, ni crear inhabilidades e incompatibilidades y no pueden contener factores de evaluación subjetivos. Por el contrario, dichos factores deben ser de carácter objetivo de tal manera que con los mismos no se discrimine ni se favorezca a un participante. Todo lo anterior, en virtud del principio de igualdad y de selección objetiva.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural 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.



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia